



Universidade do Porto
Faculdade de Direito

Cláudia Isabel Cordeiro de Almeida

Fundações Públicas com Regime de Direito Privado num Contexto de Privatização

Mestrado em Direito
Ramo Ciências Jurídico-Administrativas

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor João Pacheco de Amorim.

Porto, 2012

“Nem todos podemos pensar o que queremos pensar”

Luís Filipe Colaço Antunes.

O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou Fim de um Paradigma?

Índice:

Abreviaturas	6
Resumo	7
Abstract	8
Agradecimentos	9

Introdução

1. Privatização	10
2. O instituto da fundação pública com regime de direito privado nas universidades e a privatização	13
3. A escolha do regime fundacional para as universidades públicas e a autonomia destas	18
4. A “ <i>fuga para o direito privado</i> ” e a realização do interesse público, no caso das “ <i>fundações públicas universitárias</i> ”	20
5. Método de estudo	23

Primeira Parte

Privatização

Capítulo I

Privatização no Âmbito da Execução de Tarefas Públicas

1.1 Distinção entre privatização de tarefas públicas e privatização no âmbito da execução de tarefas públicas	30
1.2 Privatização funcional e orgânica	34
1.3 Privatização orgânica material e formal	37

1.4 Privatização do direito aplicável à atuação da Administração na execução de tarefas públicas	46
--	----

Segunda Parte

Fundações Públicas com Regime de Direito Privado

Capítulo I

Fundações

1. As fundações	52
2. Fundações públicas	58
3. Fundações privadas	64
4. Fundações privadas com origem pública	72
5. Fundações privadas e utilidade pública	77
6. O novo paradigma: as Fundações públicas com regime de direito privado, em especial o caso das “ <i>fundações públicas universitárias</i> ”	93

Capítulo II

O Especial Caso das “*Fundações Públicas Universitárias*”

1. A adoção de um regime fundacional para as universidades públicas e autonomia destas	104
2. A “ <i>fuga para o direito privado</i> ” e a realização do interesse público	110

Capítulo III

As Fundações Públicas com Regime de Direito Privado à Luz da Lei n.º 24/2012

de 9 de julho 114

Conclusões 117

Bibliografia 119

Abreviaturas:

CA- Código Administrativo

CC- Código Civil

CPA - Código do Procedimento Administrativo

CRP- Constituição da República Portuguesa

DR- Diário da República

EIPSS – Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social

ETAF- Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

LQIP - Lei - Quadro dos Institutos Públicos

RGPCUP – Regime Geral das Pessoas Coletivas de Utilidade Pública

RJIES - Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior

RJSEEEP – Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado e das Empresas Públicas

RJSEL - Regime Jurídico do Setor Empresarial Local

Resumo

As fundações públicas com regime de direito privado surgiram no nosso ordenamento jurídico como um resultado de um processo de privatização da forma de ação da Administração, que passa a reger a sua atuação pelo direito privado no âmbito da execução de tarefas públicas. Operando-se com esta medida de privatização, a uma rutura entre a forma e o direito aplicável, passando a existir pessoas coletivas públicas com regime de direito privado, *in casu*, fundações públicas com um regime de direito privado. Tendo este modelo fundacional com regime de direito privado, vindo a ser aplicado às universidades públicas, as quais continuando a ter uma natureza pública, passam a reger a sua atuação pelo direito privado e exceccionalmente pelo direito administrativo, na execução das tarefas públicas de que estão incumbidas. Importando, por isso, perceber se esta “*fuga para o direito privado*” da Administração pode colocar em causa a prossecução ou realização do interesse público a que estão adstritas as universidades públicas. O que, face ao regime jurídico vigente, estamos em condições de afirmar que esta submissão a um regime de direito privado das “*fundações públicas universitárias*” em momento algum coloca em causa a realização do interesse público.

Abstract

Public Foundations ruled by private law appeared in our legal order as the result of a process of privatization regarding the way public administration functions – by its use of private law for the execution of public tasks. There is, in conjunction with this privatizing movement, a rupture between the form and applicable law, there being as of now, public entities ruled by private law, *in casu*, public foundations ruled by private law. This, privately ruled, model of foundation is currently being applied to public universities, which while having a public nature, are as we've mentioned, ruled in its execution of public tasks by private law and only exceptionally by administrative law. The question begs to be made, is this “*escape to private law*” of the administration puts into question the prosecution or the execution of public interest, which public universities are bound to. Therefore, facing the current legal provisions to which public universities are bound, we're in conditions to affirm that this submission to a private law regime by “*public university foundations*” never puts into question the execution of public interest.

Agradecimentos

A presente dissertação é fruto não só de um estudo profundo do tema, mas também do contributo de todos os que me acompanharam nesta caminhada.

Pelo que o meu primeiro agradecimento é para o Professor Doutor João Pacheco de Amorim, meu orientador, a quem tanto devo, pela sua incansável ajuda e por todo o conhecimento que partilhou comigo, que foi sem dúvida, a pedra basilar deste trabalho.

À minha professora e amiga Doutora Maria João Mimoso, o meu obrigada, por todo incentivo que me deu para a realização desta dissertação, bem como todas as sugestões para elaboração deste trabalho.

Aos meus colegas e amigos, em especial à Dra. Daniela Pinto, Dra. Olívia Ferreira, Dra. Cátia Fernandes e Dr. Eduardo Oliveira e Sousa, o meu obrigada por todo o apoio disponibilizado e por toda a amizade que todos os dias me oferecem.

À minha família, quem tanto me apoiou, o meu maior obrigada, por tudo o que me deram e me dão todos os dias.

Aos meus colegas de escritório, o meu obrigada por toda a paciência que tiveram pelas minhas ausências e por toda a ajuda que prestaram no exercício da advocacia, que foi essencial para que conseguisse conciliar esta atividade com a elaboração da dissertação.

Por fim, ao Padre Américo Aguiar, Vice – Reitor do Santuário de Santa Rita, Vigário Geral da Diocese do Porto, a quem muito devo, por todo o apoio e ajuda que me deu, e quem me ensinou a agradecer por todos os dons da vida.

Introdução

1. Privatização

Numa época em que o recurso à privatização para a execução de tarefas públicas¹ se tornou numa aparente *chave de ouro* para abrir novos caminhos à realização do interesse público, curiosidade despertou no autor, esta “*fuga para o direito privado*”² pela Administração Pública³, que se manifestou “*ao nível das formas de acção ou ao nível das formas de organização*”⁴, e que acarretou o afastamento progressivo do direito administrativo enquanto direito comum da Administração, através de um processo de “*substituição do direito administrativo pelo direito privado*”⁵.

Ab initio, esta procura ou mesmo “*fuga para o direito privado*”⁶ manifestou -se na transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades particulares, através da celebração de contratos de concessão ou através da delegação de funções públicas.

¹ Importa aqui referir que a privatização na execução de tarefas públicas é uma das modalidades de privatização, traduzindo - se na transferência para uma entidade privada da responsabilidade pela execução de uma tarefa que continua a ser pública e em alguns casos, nem sequer esta responsabilidade pela execução é transferida, limitando-se a entidade particular a colaborar na execução de uma tarefa pública. Diferente é a privatização de tarefas, onde há uma “*metamorfose da natureza jurídica de uma tarefa, envolvendo a despublicatio*”. GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, Coleção Teses, Almedina, 2008, P. 322. Aqui nesta última, há uma renúncia pelo Estado, a uma missão que lhe pertencia, e que por via dessa privatização, passa a pertencer ao setor privado. Já na privatização na execução de tarefas públicas não há qualquer metamorfose da tarefa, ocorrendo a privatização só quanto à execução da tarefa, transferindo – se, em certos casos, a responsabilidade da execução para a entidade privada, ou noutros casos, nem sequer esta responsabilidade é transferida. No entanto, independente do modo como a privatização da execução de uma tarefa pública se realiza, certo é, que o Estado, porque se trata de uma tarefa pública, não exclui a sua responsabilidade pela execução da tarefa, tendo aqui o Estado uma “*responsabilidade última pela execução da tarefa*” SEIDEL, A., **Privater Sachverstand und Staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht** *apud* GONÇALVES, Pedro in ob. cit. p.323.

² ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**, colecção de teses. Coimbra: Almedina, 1999.

A expressão “*fuga para o direito privado*” deve-se no entanto a FRITZ FLEINER, autor da obra “*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*”, 8ª ed. Ed. Mohr, Tübingen, 1928, p.326, tendo sido traduzida para o Castelhano em “*Instituciones de Derecho Administrativo*” por SABINO A. GENDIN, ed. Labor.S.A, Barcelona, 1933.

³ De ora em diante designaremos por Administração.

⁴ GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, Cadernos de Justiça Administrativa nº 58 Julho/Agosto (2006), p.50

⁵ ESTORNINHO, Maria João, ob. cit., p.11 *apud* GONÇALVES, Pedro. In *Entidades Privadas com Poderes Administrativos* cit., p.50

⁶ Vide nota 2.

Tendo a doutrina cognominado, ao processo de transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades particulares, de “*Administração pública concessionada ou delegada*”,⁷ inserindo num contexto de privatização orgânica⁸ material.

Efectuando-se a integração destas entidades particulares na Administração por uma via funcional, *id est*, trata-se de entidades verdadeiramente privadas, que desenvolvem, desde o seu nascimento até à sua extinção, a sua actividade pelo direito privado e só por via do exercício efetivo de funções administrativas de que foram investidas, integram a Administração⁹.

Devendo, por isso, adotar-se um conceito de Administração em sentido funcional, capaz de abranger: “*todas as entidades que de algum modo exercem a actividade administrativa, independentemente da respectiva natureza jurídica ou do modo pelo qual foram afectadas à realização de fins de interesse público*”¹⁰.

Por conseguinte, afetas à realização de tarefas públicas foram, posteriormente, as *entidades administrativas privadas*, entidades em forma jurídico - privada, criadas por entidades públicas ou por parecerias público - privadas, sob a influência dominante de uma entidade pública, para realizarem tarefas públicas, num contexto de privatização orgânica formal.

⁷ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. P.396

⁸ Utiliza-se a expressão privatização orgânica no âmbito da execução de tarefas públicas quando há uma transferência da responsabilidade pela execução de uma tarefa pública para entidades privadas, podendo realizar-se através de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em entidades particulares – (privatização orgânica material), ou através da criação por iniciativa pública ou por parceria público - privada, de entidades em forma jurídico – privada (privatização orgânica formal). Distinto de privatização orgânica é a privatização funcional, onde a entidade particular apenas colabora com a Administração, colocando os seus meios à disposição desta, para serem utilizados na realização da tarefa pública, levada a cabo pela própria Administração. Neste caso, a entidade particular apenas se compromete a exercer uma atividade, que produz um resultado pretendido pela Administração, não havendo aqui uma transferência da responsabilidade da execução de uma tarefa pública.

⁹ A, este propósito veremos mais tarde, que para que estas entidades particulares integrem a Administração e vejam a sua actividade regulada pelo direito administrativo, não bastará que se encontrem investidas de funções administrativas, sendo igualmente necessário, que essa atuação seja no exercício destas funções, e que se encontre submetida a normas que ela se dirigem por estar investida das referidas funções, impondo-lhe deveres especiais ou atribuindo-lhe poderes de autoridade.

¹⁰ FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto. **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das Demais Entidades Públicas**, p.35.

Pelo que, sendo só privatizada a forma¹¹, tem a doutrina entendido que se trata de uma “*mera privatização formal*”¹², tratando - se, por isso, de uma “*Administração pública em forma privada*”¹³.

Estas entidades criadas com uma forma privada, integram-se, tal como as entidades públicas criadas pelo Estado para prosseguirem interesses seus, na Administração estadual indireta, mas ora numa outra categoria, diferente da destas últimas mas paralela a elas. *Id est*, o mesmo será dizer, que se estas entidades integram a chamada Administração indireta pública, aquelas integram, paralelamente, uma “*Administração indirecta privada*”¹⁴, v.g. as empresas públicas sob a forma societária, as fundações constituídas nos termos de direito privado.

Podendo, ainda, as entidades administrativas privadas integrarem-se na Administração Autónoma, quando são criadas por pessoas coletivas públicas territoriais para prosseguirem interesses públicos próprios destas, v.g as empresas municipais sob a forma societária ou as fundações municipais.¹⁵

Estas entidades, apesar de revestirem uma forma privada, são entidades administrativas, porque são criadas por entidades públicas, sob o domínio ou influência dominante destas, para realizarem tarefas públicas, por isso, integram a Administração de um ponto de via institucional.

¹¹ Operando-se aqui a uma privatização na forma de organização da Administração, onde passa a integrar entidades privadas, criadas pela sua iniciativa e sob o seu domínio, para realização de tarefas públicas.

¹² OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública : o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, Almedina, 2003, p. 305

¹³ GONÇALVES Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos** cit., p.396

¹⁴ OTERO, Paulo. In **Legalidade e Administração Pública**, cit., p. 305. A expressão é utilizada pelo autor para distinguir aquelas entidades públicas que se inserem na Administração indireta porque foram criadas pelo Estado para prosseguirem interesses seus, mas que não se incluem dentro da estrutura deste. São criadas, com base no princípio da desconcentração em sentido personalizado, para realizarem tarefas de interesse público, que o Estado não tem capacidade para realizar, e por isso, cria-as e dotadas de atribuições. E paralelamente a estas, as *entidades administrativas privadas*, que por o mesmo sentido e com base no mesmo princípio, são criadas, para a realização de tarefas de interesse público, mas agora num formato privado. Por isso, faz todo sentido, que se opere dentro do modelo organizativo de Administração, há ascensão de uma nova categoria, “*situada em termos verdadeiramente paralelos - senão mesmos substitutivos - à Administração indirecta pública*”. “*Ao lado da Administração pública sob a forma jurídica pública desenvolve-se actualmente uma Administração paralela mas sob a forma jurídica privada*”. Autor supra cit.p.305 e 306

¹⁵ Desde que o município tenha o direito de nomear a maioria dos membros do conselho de administração, verificando-se aqui a influencia dominante. Caso contrário, sem uma influência dominante do município sobre a fundação privada por ele criada por vezes em conjunto com entidades particulares, para a realização de interesses públicos deste, não se poderá qualificar como entidade administrativa privada.

Tornando-se necessário, para que serem qualificadas como administrativas, que se encontrem *sine qua non* sob a influência dominante de uma entidade pública. Podendo esta influência dominante (que se desenvolverá sempre a nível interno) ser determinada pela lei, como é o caso das Empresas Públicas do Estado, que está patente esta influência no art.º 3º do Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado e das Empresas Públicas¹⁶, onde considera que são “*empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de Administração ou de fiscalização*”, ou na ausência de lei, esta influência, pode ser determinada por fatores como: o direito de designar a maioria dos membros do conselho de administração de uma fundação.

A criação destas entidades pode ser *ex novo* para a realização de tarefas públicas ou através da conversão de pessoas coletivas públicas em pessoas coletivas privadas, v.g o caso dos hospitais que de Entidades Públicas Empresariais se transformam em Sociedades Anónimas.

2. O instituto da Fundação Pública com Regime de Direito Privado nas universidades e a privatização

Como podemos observar, existem várias formas ou modalidades de privatização, que podem passar pela privatização de tarefas públicas à privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que poderá consistir na privatização na execução de tarefas públicas, onde entidades privadas colaboram (privatização funcional) ou realizam (privatização orgânica) uma tarefa pública através de um contrato de concessão ou através da delegação de poderes em entidades privadas (privatização orgânica material); ou através da criação de entidades privadas criadas pelo Estado ou por outra entidade pública para a realização de tarefas públicas (privatização orgânica formal).

¹⁶ DL n.º 558/99, de 17/12, alterado sucessivamente, com a recente alteração pela Lei n.º 55-A/2010, de 31/12. Adiante designaremos de RJSEEEP.

No entanto, além da privatização na execução de tarefas públicas, onde entidades privadas executam tarefas públicas que lhe são confiadas, transferindo-se em alguns casos a responsabilidade por essa execução para entidades privadas, como é o caso da privatização orgânica, existe outra forma de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas que propositadamente deixamos para agora, que consiste não no recurso a entidades privadas para a execução de tarefas públicas, mas no recurso à privatização do direito pelo qual se regem as entidades públicas na execução das tarefas públicas.

Assim, temos uma privatização no âmbito da execução de uma tarefa pública, não do ponto de vista organizativo ou dos sujeitos, que continua a ser realizada por entidades públicas, mas na forma de ação da Administração, que passa a reger-se pelo direito privado na execução de uma tarefa pública, havendo aqui uma privatização do regime jurídico aplicável à atuação da Administração na realização de tarefas públicas.

Denominada como uma forma de “*privatização indirecta*”¹⁷ da Administração, mantém o carácter público da entidade mas privatiza o regime jurídico pelo qual se vai reger na realização das tarefas públicas.

Pelo que com esta medida de privatização, mantém-se a natureza pública da entidade, privatizando-se o regime jurídico pelo qual se vai regular a entidade administrativa na execução das tarefas públicas, tendo sido denominada esta forma de privatização por PAULO OTERO como uma “*privatização do direito regulador da Administração*”¹⁸, e por SÁNCHEZ como uma “*privatização do direito aplicável pela Administração Pública*”¹⁹, devendo tal medida de privatização ser considerada como uma modalidade de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, caracterizando –se pela privatização do regime jurídico pelo qual se rege a entidade administrativa na execução de uma tarefa pública.

Havendo aqui uma privatização encoberta na execução de tarefas públicas, mantendo a natureza pública da entidade, esta passa reger-se predominantemente pelo direito privado, direito comum das entidades privadas, para a realização de tarefas públicas.

¹⁷ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In **Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa, instrumentos de fiscalização judicial da decisão jurídico-pública de privatização**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39

¹⁸ OTERO, Paulo. *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA. Coimbra ed., (2001), p. 38

¹⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. P. 37

Mais não sucede aqui do que uma privatização da forma de ação de entidades administrativas que prosseguem o interesse público primário ou secundário, e que por via desta medida, passam a reger a sua atuação na execução das tarefas públicas, pelo direito privado.

Constituindo esta forma de privatização, uma forma de privatização utilizada no âmbito da execução de tarefas públicas, menos intensa que a privatização na execução de tarefas públicas, que também é uma forma de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas e que consiste na execução de tarefas públicas por entidades privadas.

Esta forma de privatização do direito aplicável à atuação da Administração na execução de tarefas públicas, teve uma fase embrionária no setor empresarial do Estado (v.g com as Entidades Públicas Empresariais, as E.P.E), que rapidamente se estendeu a outros setores como o setor do ensino superior, permitindo às universidades públicas a conversão em fundações públicas com regime de direito privado.

Não sendo o instituto da fundação pública com regime de direito privado, uma figura exclusiva das universidades públicas, a verdade é que tem vindo a ser aplicado pelo Estado essencialmente a estas, tendo já sido designadas como “*fundações públicas universitárias*”²⁰ ou de “*fundações centauro-universitárias*”²¹.

Neste sentido, com a entrada em vigor da Lei 62/2007 de 10 de Setembro, Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior em 10 de Outubro de 2007, permitiu-se às universidades públicas, a conversão de pessoas coletivas públicas de direito público em pessoas coletivas públicas de direito privado, mais concretamente a conversão de institutos públicos em fundações públicas com regime de direito privado²² (v.g *Universidade do Porto*, *Universidade de Aveiro* e o *ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa*).

²⁰ Expressão utilizada por PACHECO DE AMORIM para se referir às universidades públicas que se converteram em fundações públicas com regime de direito privado. Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das fundações públicas universitárias ao POC-EDUCAÇÃO. p. 1

²¹ COLAÇO ANTEUNES, Luís Filipe. *Da Belle Époque à Mauvaise Époque. A Propósito das Neofundações Legislativas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), nº 4, (2007).P. 265.

²² A criação de fundações públicas com um regime de direito privado teve a sua origem na lei 62/2007 de Setembro, que estabelece o regime jurídico das instituições de ensino superior, que adiante designaremos de RJIES. Referindo o art.º 9º do supra mencionado diploma legal, que as “*instituições de ensino superior públicas são pessoas coletivas de direito público, podendo, porém, revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado, nos termos previstos no capítulo VI do título III*”.

Operando-se aqui a uma privatização na forma de ação das universidades públicas, que passam, com adoção deste regime fundacional, a regerem-se pelo direito privado²³, direito comum das pessoas coletivas privadas, mantendo, no entanto, a sua natureza pública.

O que faz com que se tornem numa figura ambígua, por um lado tem uma natureza pública, por outro lado regem-se pelo direito privado na realização de tarefas públicas, que visam a prossecução de interesses públicos primários como o ensino e investigação, o que causa sérias reticências na comunidade quanto à forma como o interesse público vai ser realizado.

A que se acrescenta à adoção de um modelo fundacional para as universidades, que do ponto de vista de muitos reitores é modelo desadequado para estas e que acarreta ao contrário do que se tem vindo a defender uma perda de autonomia.

É por isso, mais do que urgente, necessário, refletir acerca da natureza destas fundações públicas com regime de direito privado, bem como adequação do modelo fundacional às universidades públicas e as implicações na prossecução do interesse público primário a que estão adstritas (ensino e investigação) pela “*fuga para o direito privado*”²⁴, no âmbito da atuação destas entidades.

O estudo da natureza das fundações públicas com regime de direito privado tornou-se além de parte do objecto do presente estudo, uma questão essencial para que se possa saber qual a espécie de pessoa coletiva que estamos perante, na dicotomia pessoa coletiva pública²⁵ e pessoa coletiva privada.

²³ Refere o art.º 134º n.º 1 do RJIES que “ *as fundações regem-se pelo direito privado, nomeadamente no que respeita à sua gestão financeira, patrimonial e de pessoal, com as ressalvas estabelecidas nos números seguintes*”: continuam a aplicar – se os princípios constitucionais respeitantes à Administração – art.º 134º n.º 2, de cuja norma identifica-se a presença do direito privado administrativo (que veremos melhor adiante); a criação de carreiras próprias para o pessoal docente, investigador ou outro, deve respeitar e corresponder, quando apropriado, às categorias e habilitações académicas exigidas ao pessoal docente e investigador dos outros estabelecimentos de ensino superior público, art.º 134º n.º 3; por último, o vínculo à função pública dos funcionários mantém-se nos mesmos termos que antes da transformação em fundação, art.º 134º n.º 4.

²⁴ Vide nota 2.

²⁵ Esta expressão é utilizada por VITAL MOREIRA a propósito dos critérios que permitem identificar a personalidade pública do ente. In **Administração Autónoma e Associações Públicas**. Coimbra Editora, 1997. p. 266. Alguma doutrina e jurisprudência utilizam ainda a expressão *peçoas coletivas de direito público* e *peçoas coletivas de direito privado* para se referirem às entidades de natureza pública e de natureza privada. Antigamente a Administração indireta do Estado era revestida por entidades públicas, sujeitas ao direito administrativo, não havia ainda o recurso ao direito privado, por isso, ao falar-se de peçoas coletivas públicas ou peçoas coletivas de direito público, significava o mesmo. No entanto, atualmente estas últimas expressões são erróneas, na medida em que atualmente a pessoa coletiva pública pode ser de direito privado, como é o caso das fundações públicas com regime de direito privado, e as peçoas coletivas privadas podem estar sujeitas a um

Neste sentido, estamos perante entidades *suis generis*, que não se enquadram *stricto sensu* dentro do conceito de fundações públicas²⁶, na medida em que estas são uma subespécie de instituto público, criadas por iniciativa e ato do poder público, com património público, para a realização de interesses públicos específicos, regem – se por normas de direito administrativo, já aquelas apesar de terem uma iniciativa pública e serem criadas também por ato público e prosseguirem os mesmos fins, não se regem pelo mesmo direito, mas antes por outro, próprio das entidades privadas, pelo direito privado.

Temos assim, o Estado através da afetação de um património público à realização de fins públicos, a criar por ato público, pessoas coletivas públicas de base fundacional, para a realização de determinados fins públicos primários, que se regem pelo direito privado e exceccionalmente pelo direito administrativo, o que as afasta do conceito de fundação pública no sentido tradicional - a sujeição às normas de direito administrativo.

No entanto, também não se enquadram, de forma alguma, no conceito de fundações privadas, que se caracterizam por serem constituídas por um ato de autonomia da vontade, através de uma escritura pública, para a realização de fins ou “*tarefas de interesse social*”²⁷, (v. g a educação, saúde, cultura²⁸) adquirindo personalidade jurídica aquando do seu reconhecimento por uma autoridade administrativa.

Neste sentido, enquadrar estas entidades na clássica distinção entre fundações públicas e fundações privadas é uma tarefa difícil, já que estamos perante uma figura que rompe com a identidade entre a forma e o direito aplicável.

No entanto, como veremos mais tarde, estas fundações apesar de estar submetidas predominantemente a um regime de direito privado, são fundações públicas, pelo que devem-

regime de direito público, como é o caso das fundações privadas e utilidade pública. Assim, existem pessoas coletivas públicas de direito público e pessoas coletivas públicas de direito privado, e pessoas coletivas privadas de direito privado e pessoas coletivas privadas sujeitas a um regime de direito público.

²⁶ As fundações públicas “*são pessoas coletivas públicas, reguladas pelo direito administrativo. Trata-se portanto de patrimónios que são afectos à prossecução de fins públicos especiais.*” Vide FREITAS DO AMARAL, Diogo. In **Curso de Direito Administrativo**, volume I, Almedina, 3ªed.

Neste sentido, tem se vindo a referir também que fundações públicas são aquelas que são “*constituídas por iniciativa pública e ato do poder administrativo, por via legislativa, com meios públicos, para a prossecução de fins ou interesses de ordem pública.... regem-se pelo regime público administrativo*”. MACEDO, Adalberto J.B.M. **Sobre as Fundações Públicas e Privadas**. Editora VISLIS, 2001.p.15

²⁷ CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. **As Fundações no Direito Português**. Almedina, 2006. p.29

²⁸ Estes fins de interesse social a que se encontram adstritas as fundações privadas coincidem com os fins de interesse público que a Administração se encontra vinculada. Assim, é também tarefa do Estado assegurar por ex. que a saúde, cultura e ensino estão a ser asseguradas aos cidadãos por todo o território nacional, de uma forma tendencialmente gratuita.

se enquadrar dentro do conceito de fundações públicas, mas numa outra categoria, de direito privado, ao contrário das outras, que pela sua genuinidade, integram necessariamente uma outra categoria, de direito público.

Passando, com o aparecimento deste instituto, a existir além das típicas fundações públicas de direito público, fundações públicas com regime de direito privado.

3. A escolha do modelo fundacional para as universidades públicas e a autonomia destas

A ideia de uma universidade pública deixar de ser um instituto público e passar a ser uma fundação pública com regime de direito privado, é no mínimo estranha, seja pela adoção de um modelo fundacional para o ensino superior público, seja pela privatização do regime jurídico pelo qual se vai regular a universidade, na realização dos interesses públicos a que está adstrita.

Passar a fundação²⁹ uma universidade, significa desde logo, estarmos perante um património afetado à prossecução de fins públicos específicos, como o ensino e a investigação, que terá que rentabilizar os seus recursos, de modo a que 50% do seu rendimento provenha de receitas próprias.

O que para uma universidade pública que tem em vista a realização de interesses públicos primários como o ensino (que é tendencialmente gratuito) e a investigação, e não um fim económico, pode tornar-se numa tarefa difícil.

Os financiamentos do Estado às Universidades que se convertam neste modelo fundacional passam a ser feitos por meio de contratos plurianuais, a celebrar entre a fundação e o Estado, representado pelo ministro das finanças e da tutela, por períodos não inferiores a três anos³⁰. O que implica uma boa gestão da parte das universidades, que terão que gerir os financiamentos concedidos por períodos não inferiores a três anos bem como alcançar os objetivos propostos nestes contratos.

²⁹ Pode-se definir fundação *“como uma pessoa coletiva que, através de um substrato patrimonial que lhe é afectado por meio de acto de instituição, desenvolve um conjunto de actividades destinadas ao preenchimento de fins desinteressados, ligados em regra a um escopo de interesse social ou público”*. BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas*. In Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ed. LEX.p.553

³⁰ Cfr. Artº 136 do RJIES

Deixam, por isso, de estar dependentes das verbas que o Estado atribuiu anualmente às Universidades no Orçamento de Estado, passando o seu financiamento a ser feito através destes contratos plurianuais, o que não impede que recebam dotações do orçamento de Estado (tal benefício consta do RJIES e não foi excluído para as fundações universitárias públicas³¹)

Passando as fundações universitárias públicas a ter uma maior autonomia financeira, podendo investir em projetos de investigação, sem estar dependente das verbas anuais atribuídas no Orçamento de Estado ou dos fundos concedidos, que muitas vezes pela demora, perdiam os projetos.

As universidades que se convertam neste modelo fundacional passam a ter também uma maior autonomia patrimonial, podendo ora dispor e gerir o seu património, estando apenas dependente no caso de alienação do património, da autorização do conselho de curadores³², órgão que administra a fundação (art.º 131º, 133º n.º 2 al c) e art.º 82 n.º 2 al h) do RJIES).

Obtendo para a universidade a totalidade do valor da venda do bem pertencente ao património da instituição, ao invés do que se verifica com as demais instituições de ensino superior públicas, que vem cativos 50% do valor da venda.

Este modelo fundacional permite ainda uma maior autonomia administrativa, na medida em que regendo-se a fundação pelo direito privado, esta passa a poder contratar os funcionários pelo regime do código do trabalho, o que significa que a decisão de contratar pertence à universidade e não está sujeitas às regras orçamentais do Estado, nomeadamente quanto aos cortes na contratação de funcionários públicos, que se aplica para todas as outras instituições de ensino superior público, conforme se constata do Orçamento de Estado para o ano 2012, aprovado pela lei 64-B/2011 de 30 de dezembro.

Tendo aqui a universidade uma maior autonomia na contratação dos funcionários, a que junta uma maior celeridade no processo de contratação.

³¹ Cfr. Artº 115º do RJIES

³² As demais instituições de ensino superior público, só podem alienar imóveis com autorização do ministro das finanças. Como se constata do art.º 4º da lei 64-B/2011 de 30 de dezembro que aprova o Orçamento de Estado para o ano 2012, “A alienação e a oneração de imóveis pertencentes ao Estado ou a organismos públicos com personalidade jurídica, dotados ou não de autonomia financeira, que não tenham a natureza, a forma e a designação de empresa, fundação ou associação pública, dependem de autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças, que fixa, mediante despacho e nos termos do artigo seguinte, a afectação do produto da alienação ou da oneração”.

Podendo ainda as universidades que se convertam em fundações criar carreiras próprias para o pessoal docente e investigador, respeitando as categorias e habilitações exigidas para os docentes das demais instituições de ensino superior público.

Pelo que podemos concluir, que a adoção do modelo fundacional com regime de direito privado para as universidades, confere uma maior autonomia financeira, patrimonial e administrativa às universidades.

No entanto, há quem argumente que a adoção deste modelo para as universidades acarreta uma perda de autonomia³³, com a introdução de um novo órgão, o conselho de curadores, que passa a administrar a fundação, composto por cinco personalidades de reconhecido mérito, nomeadas pelo Governo, sob proposta da instituição (art.º 131º do RJIES), compete-lhes autorizar a alienação de património da fundação (art.º 133º n.º 2 al. c) conjugado com o art.º 82º n.º 2 al. h) do RJIES), bem como homologar as deliberações do conselho geral que aprovem os planos estratégicos, aprovem os planos anuais de actividades, entre outras (art.º 133º n.º 2 al. d) conjugado com o art.º 82º 2 al. a), b), d), e) e f) do RJIES).

Cabendo às universidades públicas decidir, ponderadas as vantagens e desvantagens, qual o melhor modelo a adotar para estas instituições que afinal visam a prossecução de interesses públicos, como o ensino e investigação.

4. A “fuga para o direito privado”³⁴ ” e a realização do interesse público, no caso das fundações públicas universitárias³⁵

Como já podemos constatar, esta nova figura da fundação pública com regime de direito privado, vem romper com a clássica equação “*entre a origem e a forma de personificação, e entre esta e o regime aplicável.*”³⁶ ”

Passamos a ter pessoas coletivas com uma origem, substrato e forma pública, que regem a sua organização e funcionamento interno pelo direito administrativo e sua atividade pelo direito privado.

³³ Neste sentido, o reitor da Universidade de Lisboa, Dr. António Nóvoa, no 1º ciclo de conferências realizado pelo conselho geral da Universidade do Minho, sobre o regime fundacional das universidades. Disponível o vídeo ON-LINE em <http://www.conselhogeral.uminho.pt>

³⁴ Vide nota 2

³⁵ Vide nota 20

³⁶ VITAL MOREIRA. Ob. cit. p.278

No entanto, este direito privado pelo qual se regem estas entidades administrativas que visam a prossecução do interesse público, é um direito privado *“adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo”*³⁷, *id est*, pelo Direito Privado Administrativo³⁸.

Podendo encontrar – se a presença do direito privado administrativo no art.º 134º nº2 do RJIES, onde se pode constatar que as nossas *“fundações públicas universitárias”*³⁹ regem a sua actividade pelo direito privado o que *“não prejudica a aplicação dos princípios constitucionais respeitantes à Administração pública, nomeadamente a prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da proporcionalidade”*⁴⁰.

Pelo que, mesmo quando a Administração atua segundo normas de direito privado na execução de tarefas públicas, como sucede com as nossas *“fundações públicas universitárias”*⁴¹, que são pessoas coletivas públicas que regem a sua atuação pelo direito privado, está obrigada a observar os princípios constitucionais e legais do direito administrativo.

Devendo, por isso, as universidades públicas que se convertam neste modelo fundacional atuar de acordo com os princípios constitucionais e legais do direito administrativo, mesmo que a sua actividade esteja e por regra está submetida a normas de direito privado.

Encontrando-se a atuação destas fundações universitárias excecionalmente submetidas ao direito administrativo, quando a sua atuação se encontre submetida a normas que a estas se

³⁷ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes administrativos* cit., p.53 e 54.

³⁸ O direito privado administrativo é um conceito criado pela doutrina alemã, designado de *verwaltungsprivatrechts*, segundo o qual o direito privado pelo qual a Administração se encontra submetida, é um direito adaptado *“por elementos de direito público tendentes à salvaguarda mínima dos direitos fundamentais e os princípios fundamentais da constituição relativos à Administração pública (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade). O direito privado administrativo é por isso um direito privado com elementos publicísticos”*. VITAL MOREIRA, ob. cit. P. 284. Sobre este conceito ver na doutrina alemã entre outros WOLFF, Hans, J; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf, in **Verwaltungsrecht II**, Munique 1987.

³⁹ Vide nota 20

⁴⁰ Também resulta do art.º 2º nº 5 do Código do Procedimento Administrativo que *“os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração pública”*.

⁴¹ Vide nota 20

dirigem na qualidade de membros da Administração para lhes atribuir poderes de autoridade⁴².

Em face desta situação, podemos concluir que há uma “*fuga para o direito privado*”⁴³ da Administração na execução de tarefas públicas, que visam a realização de interesses públicos primários, como o ensino e a investigação, que passam a se realizados pelo direito privado, modificado e adaptado por princípios constitucionais e legais do direito administrativo.

O que nos leva a colocar a questão se esta sujeição ao direito privado na atuação das universidades públicas que se convertam ao regime fundacional, coloca em causa a prossecução ou realização dos interesses públicos a que estão adstritas.

Por um lado, a obrigação de observação dos princípios respeitantes à Administração, assegura que mesmo regendo a sua atuação pelo direito privado, continua a Universidade adstrita à prossecução do interesse público, bem como ao princípio da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade e boa – fé⁴⁴, não havendo aqui qualquer diminuição das garantias do cidadão em relação aos órgãos da Administração.

Por outro, esta sujeição às normas de direito privado, não se aplica na seleção dos alunos, os quais são selecionados nos mesmos termos que os alunos das demais instituições de ensino superior público (art.º 135º do RJIES).

Também não se aplicam, no âmbito da ação social escolar, continuando os alunos das universidades que se convertam para este modelo fundacional, a beneficiar do apoio social escolar, nos mesmos termos que os alunos das outras instituições públicas que não se converteram neste modelo (art.º 137º do RJIES).

Pelo que, podemos ora concluir que no caso das “*fundações públicas universitárias*”⁴⁵, a sujeição ao direito privado não colocará em princípio em causa a prossecução ou realização

⁴² Neste caso, atuando no âmbito de poderes de autoridade que lhe foram conferidos, reger-se-á pelo direito administrativo.

A título de exemplo temos a atribuição à Universidade do Porto, fundação pública com regime de direito privado, do poder de expropriação por utilidade pública (art.º 4º do decreto – lei 96/2009 de 27 de abril que institui a fundação Universidade do Porto).

O poder de expropriação por utilidade pública foi também conferido às outras instituições de ensino superior públicas.

⁴³ Vide nota 2

⁴⁴ Vide art.º 2º nº 5 conjugado com o art.º 4º, 5º, 6º e 6º-A do Código do Procedimento Administrativo.

⁴⁵ Vide nota 20

do interesse público, essencialmente por duas razões: a primeira razão é a de que as universidades que se convertam neste modelo continuam adstritas aos princípios constitucionais e legais do direito administrativo, exercendo a sua atividade pelo direito privado, em respeito por estes princípios, com vista à prossecução do interesse público.

A segunda razão é que o legislador de decidiu manter o mesmo regime de direito público que é aplicado para os estudantes os alunos das outras instituições de ensino superior público.

Pelo que, podemos concluir, que esta submissão ao direito privado das “*fundações públicas universitárias*”⁴⁶, consiste somente num mecanismo de privatização da forma de ação, que não se aplica na sua atuação com os alunos (os quais continuam a beneficiar do mesmo regime público que os estudantes das demais instituições de ensino público), nem interfere com a sujeição aos princípios respeitantes da Administração, aos quais continua vinculada bem como à prossecução e realização do interesse público, *in casu*, o ensino e a investigação.

5. Método de estudo

A presente dissertação foi realizada em data anterior à publicação da Lei 24/2012 de 9 de Julho, que aprova a Lei-Quadro das Fundações, que altera o regime jurídico do código civil e a lei-quadro dos institutos públicos, lei 3/2004 de 15 de Janeiro, pelo que se aplicou a lei vigente à data da elaboração do presente estudo.

Devido à tempestividade para entrega da mesma e a publicação da lei-quadro das fundações, publicada em 9 de Julho de 2012, não foi possível alterar o conteúdo da mesma, de forma a consagrar a redação da lei nova, pelo que se optou por fazer breves notas a este novo regime de fundações, apontando as principais alterações introduzidas por esta nova lei.

Acrescentamos um capítulo final ao nosso trabalho, dedicado às fundações públicas com regime de direito privado à luz da nova lei 24/2012 de 9 de Julho, que aprova a Lei - Quadro das fundações, onde aproveitamos para apontar algumas das alterações que esta nova lei vem fazer e que mais preocupações nos causam.

⁴⁶ Vide nota 20

Quanto às fontes que recorremos para a realização do presente estudo, foram essencialmente doutrinárias, de origem portuguesa, sobre as formas de privatização que a Administração tem vindo a recorrer para a realização de tarefas públicas, bem como à forma como tem vindo a ser entendida esta nova figura de fundação pública com regime de direito privado, à luz do regime jurídico anterior à nova lei.

Recorremos também a fontes doutrinárias estrangeiras, com incidência nas alemãs, aquém devemos certamente os conceitos de *direito privado administrativo* ou de *direito societário administrativo*, bem como a assunção ou distinção de algumas formas de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas como a *privatização orgânica e funcional*, entre tantos outros...

É com alguma taciturnidade que aqui referimos, que devido à complexidade do tema, não nos foi possível na presente dissertação, fazermos um estudo merecido do processo de privatização no direito comparado, bem como da “utilização” do instituto da fundação pública com regime privatístico pelos países que integram o sistema romano - germânico.

O estudo das diversas formas de privatização que a Administração se pode socorrer, desde a privatização de tarefas à privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que pode consistir na participação de agentes privados na execução de tarefas públicas, através de uma privatização funcional ou orgânica (material ou formal), ou simplesmente na privatização do direito aplicável à actuação das entidades administrativas na execução da tarefa pública, abarcou a nossa primeira parte na integridade.

A segunda parte ficou reservada para o estudo das fundações, para as várias espécies de fundações que existem no nosso ordenamento jurídico, para que a partir desta enunciação, possa-se distinguir e alcançar uma definição de fundações públicas com regime de direito privado.

A utilização deste instituto para as universidades públicas, levou-nos a uma especial atenção para o caso das “*fundações públicas universitárias*”⁴⁷ e para as implicações na realização do interesse público, em especial no setor do ensino superior, pela adoção deste modelo para as universidades públicas.

⁴⁷ Vide nota 20

Subtemas que nos ocuparam devidamente a segunda parte do nosso estudo, pelo que não nos restou tempestividade e espacialidade para que possamos fazer uma abordagem histórica acerca das fundações e do processo de privatização que se tem vindo a desenvolver no nosso ordenamento jurídico.

Devido a estes motivos que julgamos que nos isentam de culpa, não foi possível no presente estudo fazer uma abordagem histórica como usos mandariam, mas somente pequenas referências históricas ao longo do mesmo.

A presente dissertação reflete um estudo de um tema, do nosso ponto de vista, bastante denso e complexo, que apesar da vertente prática que aqui deixamos, é sobretudo um trabalho processado no plano teórico.

As fundações públicas com regime de direito privado não estão tipificadas⁴⁸, havendo uma ausência de um regime legal que regule tal figura, tendo sido utilizadas como pudemos ver, para as universidades públicas, com a lei 62/2007 de 10 de Setembro, o RJIES, que veio permitir a adoção deste modelo pelas universidades públicas que mostrem interesse, requerendo para tanto ao Governo a sua transformação. Até ao momento, foram poucas as universidades que demonstraram interesse na conversão, até pela obscuridade que a figura representa bem como a adoção de um regime fundacional para as universidades, que para muitos acarreta uma perda de autonomia, e para outros uma maior autonomia. A que acresce a submissão a um regime de direito privado, na atuação destas universidades, e exceccionalmente ao direito administrativo, causando dúvidas acerca das implicações na realização do interesse público, por esta forma de privatização indireta na execução de tarefas públicas.

Neste sentido, trata-se de um tema atual, de grande impacto no ensino superior, que nos suscitou interesse em explorar, de forma a que, com o presente estudo, possamos de alguma forma esclarecer o que são estas fundações públicas com regime de direito privado, em que moldes se realiza a medida de privatização e a adequação deste modelo para o ensino superior público, de forma a que se possa perceber qual o melhor modelo, no contexto actual, para as universidades públicas.

⁴⁸ A lei-quadro das fundações, aprovada pela lei 24/2012 de 9 de julho vem falar em fundações públicas de direito privado, que pela definição apresentada, como veremos adiante, não se percebe se refere às fundações públicas com regime de direito privado ou às fundações privadas de origem pública.

Em último lugar, aproveitamos para referir que a presente dissertação foi realizada conforme o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, nos termos da Resolução do Conselho de Ministros de 8/2011 de 25 de Janeiro. Alertando-se que as citações serão de acordo com a redação que tiverem à data, não se convertendo para o novo modelo.

Primeira parte

Privatização

Nesta primeira parte dedicamos - nos ao estudo de algumas formas de privatização, em especial a privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que pode consistir na privatização na execução de tarefas públicas, onde privatizada é a responsabilidade da execução de uma tarefa pública (privatização orgânica), havendo uma transferência da responsabilidade da execução de uma tarefa pública para entidades privadas, podendo realizar-se através de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em entidades particulares, (privatização orgânica material), ou através da criação por iniciativa pública ou por parceria público - privada, de entidades em forma jurídico – privada para a realização de tarefas de interesse público, (privatização orgânica formal).

Em ambas as situações, há uma transferência da responsabilidade da execução de uma tarefa pública para entidades privadas, no caso das entidades particulares por via do exercício de funções públicas de que são investidas, integram a administração de um ponto de vista funcional e no caso das entidades administrativas privadas, que apesar de serem formalmente entidades privadas, são entidades administrativas, encontrando-se sob a influência dominante de uma pública, integram a Administração de um ponto de vista institucional.

Verificando-se na primeira situação uma “*privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas*”,⁴⁹ através da celebração de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em entidades particulares, a Administração incumbe estas entidades particulares da execução de uma tarefa pública; na segunda situação temos uma “*privatização das formas de organização da Administração*”⁵⁰, que consiste na criação de entidades sob a forma privada, sob influência dominante desta, para a realização de tarefas de interesse público, que esta não tem capacidade de realizar e por isso cria-as e dota-as de

⁴⁹ Otero, Paulo. In **Legalidade e Administração Pública** cit. p. 308

⁵⁰ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, ob. Cit. p.36

atribuições, havendo aqui uma *devolução de poderes* para estas entidades, que integram a Administração indireta sob a forma privada.

Uma outra situação de privatização, referida por BURGI⁵¹, é a privatização funcional, que se caracteriza por não haver, ao contrário da privatização orgânica, qualquer transferência da responsabilidade da execução de uma tarefa pública, a entidade privada apenas colabora com a Administração, colocando os seus meios à disposição desta, para serem utilizados na realização de uma tarefa pública, levada a cabo pela própria Administração. Neste caso, a entidade particular apenas se compromete a exercer uma actividade, que produz um resultado pretendido pela Administração, não havendo qualquer transferência de responsabilidade pela execução de uma tarefa pública.

Para além da privatização orgânica e funcional, existem outras medidas de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que não consistem numa *privatização directa*⁵², ou seja no chamamento de privados para a execução de tarefas públicas, mas na “*privatização do direito regulador da actividade administrativa*”⁵³, *id est*, privatiza-se o regime jurídico pelo qual se rege a entidade administrativa na execução da tarefa pública, havendo aqui não uma privatização da Administração, na medida em que a entidade continua a ter uma natureza pública, e por isso, não podemos afirmar que se trata de uma privatização da Administração, mas da sua forma de ação, que passa a reger-se pelo direito privado na realização de tarefas de interesse público, havendo aqui uma “*privatização indirecta*”⁵⁴ na execução de tarefas de interesse público, que apesar de serem realizadas por entidades administrativas encontram-se submetidas predominantemente ao direito privado (mais especificamente pelo direito privado administrativo).

Pelo que, não estamos perante uma privatização da Administração, mas da sua forma de ação na realização do interesse público, passando estas entidades administrativas a estarem

⁵¹ BURGI, Martin, in **Funktionale Privatisierung** apud PEDRO GONÇALVES, in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 346 e 347.

Este autor alemão defende que a privatização na execução de tarefas públicas, pode consistir numa privatização funcional ou numa privatização orgânica. Distinguindo o autor estes conceitos, pela responsabilidade da execução da tarefa pública, se houver transferência da responsabilidade pela execução da tarefa pública para uma entidade privada, temos uma privatização orgânica. Se somente colabora com a Administração, na execução de tarefas públicas, não havendo qualquer transferência da responsabilidade da realização da tarefa pública, temos uma privatização funcional.

⁵² SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. P.38

⁵³ OTERO, Paulo. In. **Legalidade e Administração Pública**, cit. p. 310

Denominada também por Pedro Fernández SÁNCHEZ esta medida de privatização como uma “*privatização do direito aplicável pela administração pública*” in ob. cit. p.37

⁵⁴ Vide nota 17

submetidas predominantemente a um regime de direito privado para a execução de tarefas públicas, como sucede com as nossas fundações públicas com regime de direito privado, ou no campo empresarial, com as já denominadas E.P.E, que apesar de serem pessoas coletivas públicas, regem-se pelo direito privado, e excepcionalmente pelo direito administrativo.

Assim, esta medida de privatização realizada pela Administração, na forma de atuação desta na execução de tarefas públicas, não pode deixar de ser considerada, como veremos ao longo desta primeira parte, como uma forma de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas.

Neste sentido, nesta primeira parte propomos um estudo de algumas formas de privatização, mais concretamente no âmbito da execução de tarefas públicas, tanto na forma de organização como na forma de ação da Administração, para que assim possamos perceber em que moldes se verifica a privatização nas fundações públicas com regime de direito privado e enquadrá-las dentro do contexto da privatização.

Quanto ao estudo da natureza das fundações públicas com regime de direito privado, com especial atenção para as “*fundações públicas universitárias*”⁵⁵ e as implicações na realização do interesse público, pela adoção de um modelo fundacional para as universidades e pela privatização do regime jurídico, relegamos para a segunda parte.

⁵⁵ Vide nota 20

Capítulo I

Privatização no âmbito da execução de tarefas públicas

1.1 Distinção entre Privatização de tarefas públicas e Privatização no âmbito da execução de tarefas públicas⁵⁶

O “fenómeno da privatização⁵⁷” caracteriza-se “como um processo de cedência, total ou parcial, de tarefas públicas a agentes privados⁵⁸”, ou como um processo de privatização do direito regulador da actuação administrativa na execução de tarefas públicas (denominada por “privatização indirecta”⁵⁹).

Refere PAULO OTERO, que a “privatização...visando reduzir a organização e a actuação do poder administrativo ou a esfera de influência directa do direito administrativo, reforça o papel das entidades integrantes do setor privado ou do seu direito na respectiva actuação sobre certas áreas, matérias ou bens até então objecto de intervenção pública.”⁶⁰

O conceito de privatização é assim um conceito “polissémico”⁶¹, demasiado amplo para poder ser definido, abarcando enumeras situações, que podem ir desde a privatização de tarefas públicas à privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, da privatização da forma organizativa da Administração à privatização da actuação da Administração, que passa a regular-se pelo direito privado na execução de tarefas públicas.

A privatização de tarefas públicas é uma “autêntica privatização⁶²”, também denominada como “privatização material de tarefas”⁶³, caracteriza – se por um processo⁶⁴ de

⁵⁶ Conceitos utilizados por GONÇALVES, Pedro. In **entidades privadas com poderes públicos**, cit. p. 322

⁵⁷ Expressão utilizada por GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos** cit. p. 321 e por OTERO, Paulo. In “*coordenadas jurídicas...*” cit., P. 36

⁵⁸ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos** Cit. p.321

⁵⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. P.39

⁶⁰ OTERO, Paulo. in “*Coordenadas jurídicas ...*”, cit. p. 36

⁶¹ OTERO, Paulo. In. **Legalidade e Administração Pública...** P. 304

⁶² GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 322

⁶³ Expressão utilizada por GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 322.

privatização de uma tarefa pública, que por via de um processo de privatização deixa de ser uma tarefa pública, de pertencer ao Estado, para passar a pertencer à sociedade.

Havendo aqui, com esta medida de privatização, uma “*metamorfose da natureza jurídica de uma tarefa, envolvendo a despublicatio*”⁶⁵.

O Estado renúncia a uma tarefa que lhe pertence, transferindo-a, com este processo de privatização, para o setor privado, havendo como uma devolução à sociedade de tarefas que lhe pertencem, ou em certos casos, uma “*externalização dos fins estaduais*”⁶⁶, transferindo o Estado para os particulares a responsabilidade pela realização de missões ou tarefas públicas.

No entanto, apesar de transferir uma tarefa pública para o setor privado, isso não significa que Estado se demita da sua responsabilidade para com os cidadãos de zelar pela segurança e bem-estar destes, defender os seus interesses, assegurar os serviços essenciais.

Referindo PEDRO GONÇALVES que existe um “*dever estadual de garantia*”⁶⁷, que ocorre na última fase do processo de privatização⁶⁸, “*after privatization*”⁶⁹, que decorre da Constituição, na qual o Estado está obrigado a assegurar a realização dos interesses públicos, os direitos e interesses dos cidadãos, (entre outros art.º9, 53, 64 n.º 3 Constituição da República Portuguesa⁷⁰) mesmo que tais missões tenham sido objecto de um processo de privatização, em momento algum o Estado se pode demitir de função de garante.

Havendo aqui, com a privatização de tarefas, quando esta reveste uma “*externalização dos fins estaduais*”⁷¹, um dever de garantia por parte do Estado⁷² para com os cidadãos, de que apesar da medida de privatização de tarefas públicas, continuam a ser realizados os

⁶⁴ Refere Pedro GONÇALVES que o fenómeno da privatização, e em especial da privatização de tarefas deve ser vista como um processo, onde existem várias fases, e não como “*um acto isolado*”. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. P. 156

⁶⁵ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 322

⁶⁶ *Ibid.*, ob. Cit. p. 158

⁶⁷ *Ibid.*, ob. Cit. p. 158

⁶⁸ São três as fases do processo de privatização de tarefas. A 1ª fase centra-se no estudo dos limites e implicações bem como os benefícios que a medida de privatização pode causar. A 2ª fase é a decisão de privatização, a transferência da tarefa pública para o setor privado, renunciando o Estado à realização de uma missão pública, conferindo esta realização aos particulares. Por último, a 3ª fase é a que ocorre depois da privatização de tarefas, onde se constata as consequências da privatização realizada. Nesta ultima fase, pode resultar, quando se trate de matérias que o Estado está pela constituição obrigado a assegurar, um dever de garantia para com os cidadãos, de que apesar da privatização da tarefa, o interesse público e bem como a defesa dos direitos do cidadão continuam a ser assegurados.

Devendo o Estado supervisionar a actuação destas entidades na realização destas tarefas que apesar de não serem públicas, e terem sido transferidas para o setor privado, visam a realização de interesses públicos, função que o Estado não se pode demitir.

⁶⁹ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 157

⁷⁰ Adiante designada por CRP

⁷¹ *Vide* nota 66

⁷² O Estado deve garantir perante os cidadãos a realização dos fins a que está constitucionalmente obrigado a assegurar, devendo fiscalizar a actuação dos privados que exerçam as tarefas ora privatizadas de interesse público, para que assim, não deixem de ser realizados os fins públicos.

interesses públicos, bem como a defesa dos direitos dos cidadãos, exercendo para isso uma supervisão sobre a actuação destas entidades, defendendo PEDRO GONÇALVES que há, assim, uma “*partilha de responsabilidades entre o Estado e actores privados*”⁷³ na execução de uma tarefa que apesar de não ser pública, e pertencer ao setor privado, visa inevitavelmente também a “*realização do interesse público*”⁷⁴.

Já na privatização no âmbito da execução de tarefas públicas⁷⁵ não há qualquer transformação da natureza jurídica da tarefa, que continua a ser pública, ocorrendo a privatização na execução da tarefa, que passa a ser realizada por entidades privadas, transferindo – se, em certos casos, a responsabilidade da execução para uma entidade privada, o caso da privatização orgânica, ou noutros casos, nem sequer esta responsabilidade é transferida, como sucede na privatização funcional, em que a entidade particular apenas colabora com a Administração na realização de uma tarefa pública.

Em ambas as situações há um chamamento dos agentes privados para a realização de tarefas públicas. No entanto, independente do modo como a privatização da execução de uma tarefa pública se realiza, certo é, que o Estado, porque se trata de uma tarefa pública, não exclui, pela privatização da execução, a sua responsabilidade pela execução da tarefa, tendo aqui o Estado uma “*responsabilidade última pela execução da tarefa.*”⁷⁶

Assim, mais do que garantir a realização dos fins a que está obrigado a realizar, como sucede na privatização de tarefas, o Estado obriga-se aqui porque se trata de tarefas públicas a executar ou como refere PEDRO GONÇALVES a “*assumir uma responsabilidade de execução*”⁷⁷ da tarefa pública.

Uma outra medida de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que não pressupõe o chamamento de entidades particulares ou a privatização de entidades administrativas, mas a privatização do regime jurídico pelo qual se vai reger a entidade administrativa na execução da tarefa pública. Ocorrendo a privatização no direito aplicável à actuação das entidades administrativas na execução de tarefas públicas, havendo aqui uma

⁷³ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, Cit. p. 160

⁷⁴ Ibid., ob. Cit. p. 161

⁷⁵ A propósito da distinção de privatização de tarefas públicas e privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, vide METZGER, G. E. *Privatization As Delegation*. in *Columbia Law Review*, vol.103 parte 2. (2003) P. 1370 e ss.

METZGER analisa as medidas de privatização realizadas pela Administração como modelos modernos de *governance* do ponto de vista da sua admissibilidade constitucional.

⁷⁶ SEIDEL, A., *Privater Sachverstand und Staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht* apud Pedro GONÇALVES, in op. cit. p.323.

⁷⁷ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, Cit. p.323

“*privatização indirecta*”⁷⁸ na execução de tarefas públicas, que apesar de serem realizadas por entidades públicas, fazem-no pelo direito privado, afastando-se a aplicação da “*privata lex da Administração, o direito administrativo*”⁷⁹, na regulação da actuação das entidades administrativas, que por via desta medida de privatização, passam a reger-se pelo direito privado na execução das tarefas públicas.

Em conclusão, a privatização no âmbito da execução de tarefas públicas consiste na privatização da execução de uma tarefa que continua a ser pública, em certos casos a responsabilidade pela execução da tarefa pública é transferida para as entidades privadas (privatização orgânica), noutros casos há simplesmente uma colaboração dos particulares com a Administração na execução de tarefas públicas (privatização funcional) – havendo em ambas as situações uma participação de agentes privados na execução de uma tarefa pública, cuja responsabilidade pela execução apesar de poder ser transferida para entidades privadas, é em última linha do Estado, quem tem a responsabilidade de executar as tarefas públicas.

Podendo também ocorrer outras medidas de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que não consistem na participação de agentes privados, mas na privatização do regime jurídico pelo qual se vai reger a entidade administrativa na execução da tarefa pública, havendo aqui uma forma de “*privatização indirecta*”⁸⁰ na execução de tarefas públicas, que apesar de serem realizadas por entidades que mantem a sua natureza pública, regem-se pelo direito privado.

Diferente é a privatização de tarefas públicas, que consiste numa renúncia pelo Estado à execução de uma missão que lhe competia prosseguir, que era uma tarefa pública, e que por via de um processo de privatização, transfere-a para os setor privado, havendo em certos casos uma devolução à sociedade de tarefas “*intrinsecamente privadas*”⁸¹, que tinham sido objecto de uma “*publicatio*”⁸², e no outros casos, uma “*externalização de fins estaduais*”⁸³, em que o Estado descarrega no setor privado tarefas que são de interesse público, cuja realização o Estado está constitucionalmente obrigado a assegurar, havendo aqui um dever de garantia do Estado perante com os cidadãos, de que apesar da privatização das tarefas, este continua a assegurar a realização do interesse público, bem como a prestação dos serviços essenciais e a defesa dos interesses dos cidadãos.

⁷⁸ Vide nota 17

⁷⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Ob. Cit. p.39

⁸⁰ Vide nota 17

⁸¹ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p.158

⁸² *Ibid.*, p. 322

⁸³ Vide nota 66

1.2 Privatização funcional e orgânica

Como já pudemos constatar, a privatização na execução de tarefas públicas, é uma das modalidades da privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que consiste na participação de agentes privados na execução de tarefas públicas, verificando-se em certos casos uma colaboração da entidade particular, que coloca os seus meios à disposição da Administração, para serem utilizados na execução de uma tarefa pública, cuja responsabilidade pela execução cabe à Administração (privatização funcional), podendo em certos casos esta responsabilidade pela execução ser transferida para entidades privadas, que através de um contrato de concessão ou delegação de funções públicas em particulares, ou através da criação de entidades privadas sob a influência dominante de uma entidade pública, para realizarem tarefas públicas (privatização orgânica).

Defendendo BURGI⁸⁴ que o critério pelo qual se deve distinguir estas duas medidas de privatização na execução de tarefas públicas, é o da responsabilidade da execução da tarefa pública.

Assim, se uma entidade particular colabora com a Administração na execução de uma tarefa pública, disponibilizando os seus recursos técnico e humanos para serem utilizados na execução de uma tarefa pública, cuja responsabilidade pela execução cabe a Administração, temos uma privação funcional.

A entidade particular apenas se compromete a exercer uma actividade, no âmbito da “preparação⁸⁵” ou “implementação⁸⁶” de uma tarefa pública, que irá “produzir um resultado que interessa directamente à Administração⁸⁷”, a quem cabe a execução da tarefa pública.

⁸⁴ Martin BURGI in **Funktionale Privatisierung** apud Pedro GONÇALVES in **Entidades Privadas com Poderes Públicos** cit. p. 346 e 347, defende que a privatização na execução de tarefas públicas pode ser funcional ou orgânica, apresentando como critério de distinção o da responsabilidade pela execução da tarefa pública. Neste sentido, se a entidade particular apenas colabora com a Administração na execução de tarefas públicas, trata-se de uma privatização funcional. Já assim não será, se a Administração transferir a responsabilidade pela execução da tarefa pública para entidades privadas, caso em que temos uma privatização orgânica.

Neste sentido, a entidade particular apenas colabora com a Administração na realização de tarefas públicas, não havendo transferência da responsabilidade da execução de tarefas públicas para entidades privadas.

Cenário diferente apresenta-se na privatização orgânica, onde as entidades privadas são investidas de uma função pública, sendo-lhes transferida a responsabilidade pela execução de uma tarefa pública, cabendo agora a estas a “*direcção*”⁸⁸ da tarefa pública.

Estas entidades porque ficam investidas de funções públicas integram a Administração de ponto de vista funcional, no caso das entidades particulares, e de forma institucional, no caso das entidades administrativas formalmente privadas, implicando uma pluralização da administração.

Referindo, neste seguimento, PEDRO GONÇALVES que “*a entrega da execução de tarefas administrativas a entidades privadas...contribui para a pluralização do sistema administrativo*”.⁸⁹

Passando a funcionar estas entidades privadas investidas de funções públicas como instâncias “*de exercício do poder público*”⁹⁰, atuando em substituição da Administração na execução de tarefas públicas, cuja responsabilidade pela execução passa a ser em primeira linha destas entidades privadas com funções públicas, e como já vimos, em segunda linha do Estado, a quem compete a execução ou a responsabilidade pela execução de tarefas públicas.

Encontrando-se este processo de transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, “*sob reserva de lei em sentido institucional*”⁹¹, não tendo a administração o poder de delegar funções públicas em terceiros (art.º 111º nº 2 da CRP) ou criar organismos de desconcentração (art.º 267º nº 2 da CRP), sem que exista uma lei que permita em que moldes o pode fazer.

Como pudemos constatar existem duas modalidades de privatização orgânica: a) celebração de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em entidades particulares – (privatização orgânica material); b) ou através da criação por

⁸⁵ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos** cit. p. 347

⁸⁶ *Ibid.*, P. 347

⁸⁷ *Ibid.*, P.348

⁸⁸ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos** cit. p.347

⁸⁹ *Ibid.*, p. 338

⁹⁰ *Ibid.*, p. 391

⁹¹ *Ibid.*, P.343

iniciativa pública ou por parcerias público - privadas, de entidades em forma jurídico – privada, sobre a influência dominante destas, para a realização de tarefas públicas – denominadas por entidades administrativas privadas (privatização orgânica formal).

Podemos neste sentido concluir que ambas as situações de privatização orgânica dão lugar ao exercício de funções públicas por entidades privadas, as quais investidas de funções públicas integram a administração de um ponto de vista funcional, no caso das entidades particulares que exercem funções públicas, ou de uma forma institucional, no caso das entidades administrativas privadas, criadas pela administração para a realização de tarefas de interesse público sob a forma privada, regendo – se em ambas as situações estas entidades pelo direito privado administrativo e excepcionalmente pelo direito administrativo, na execução de tarefas públicas, cuja responsabilidade pela execução lhe foi transferida pelo Estado, a quem cabe em última linha responder perante os cidadãos pelo modo como executa as tarefas públicas.

Por fim, podemos concluir que a privatização funcional representa um contributo das entidades particulares, com os seus meios, para a execução de uma tarefa pública, cuja responsabilidade pela execução cabe ao Estado, o mesmo não sucedendo na privatização orgânica, em que é transferida a responsabilidade pela execução da tarefa pública para as entidades privadas, que investidas de funções públicas, ficam incumbidas da execução de tarefas públicas. Podendo esta responsabilidade pela execução de tarefas públicas ser transmitida através da celebração de um contrato de concessão ou de delegação de funções públicas em entidades particulares (privatização orgânica material) ou através da criação de entidades em forma jurídico-privada, por iniciativa de uma entidade pública, sob a influência dominante desta, para a realização de tarefas públicas (privatização orgânica formal).

Em conclusão, a privatização orgânica tal como a privatização funcional, consistem na “*participação de uma entidade privada no domínio da execução uma tarefa pública*”⁹², constituindo estas duas medidas de privatização duas modalidades de privatização na execução de tarefas públicas, que é uma das formas de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que como já vimos se distingue da privatização de tarefas.

⁹² GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 322.

1.3 Privatização orgânica material e formal

A transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, constitui como vimos um processo de privatização orgânica, inserido na privatização na execução de tarefas públicas, que por sua vez, é uma das formas de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas. Esta transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, pode verificar-se através da celebração de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em particulares, será o caso da privatização orgânica material; ou através da criação, por iniciativa pública, de entidades em forma jurídico-privada, sob influência dominante desta, para a execução de tarefas públicas – como é o caso das entidades administrativas privadas⁹³, que integram a Administração indireta sob a forma privada, inserindo-se num contexto de privatização orgânica formal.

Em ambas as situações de privatização orgânica, temos entidades privadas investidas da responsabilidade da execução de tarefas públicas, cabendo-lhes “*assumir, com autonomia, a gestão ou direcção*”⁹⁴ de tarefas públicas.

Este processo de transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, que dá lugar ao exercício de funções públicas por entidades privadas, podendo ocorrer através de uma privatização orgânica material ou formal.

A privatização orgânica material apresenta-se como *a outorga responsabilidade pela execução de funções públicas a entidades particulares*⁹⁵, através da celebração de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas; já a privatização orgânica

⁹³ O conceito das entidades administrativas privadas foi inicialmente utilizado por VITAL MOREIRA, in ob. cit. p. e 285 e ss, mais tarde desenvolvido por Pedro GONÇALVES, na sua obra aqui citada.

Definidas por VITAL MOREIRA como “*pessoas coletivas ficticiamente privadas ...criadas e formadas por entidades públicas*”. in ob. Cit. p. 285

⁹⁴ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p.391

⁹⁵ *Ibid.*, p. 396

formal, apresenta-se como um processo de criação, “*por iniciativa pública ou em parceria público – privada, de entidades formalmente privadas*”⁹⁶ que se encontram sob a influência dominante de uma entidade pública, para a realização de tarefas públicas.

Deparando-nos, assim, com a presença de entidades privadas que pelo exercício de funções públicas, de que são investidas, integram a administração e por isso estão potencialmente expostas ao direito administrativo.

Comportando este processo de privatização orgânica uma pluralização da Administração, que passa a integrar entidades genuinamente ou formalmente privadas na sua estrutura, que tendo sido investidas de funções públicas, ficam incumbidas pela execução de tarefas públicas, encontrando-se como já vimos *ex ante* este processo de transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, “*sob reserva de lei em sentido institucional*”⁹⁷, não tendo a Administração o poder de delegar funções públicas em terceiros (art.º 111º n.º 2 da CRP) ou criar organismos de desconcentração (art.º 267º n.º 2 da CRP), sem que exista uma lei que permita em que moldes o pode fazer.

O exercício de funções públicas por entidades privadas e sua correspondente integração na Administração, só se possível pela adoção de um conceito de Administração em sentido amplo, capaz de abranger todas as entidades que se dedicam ao exercício de funções públicas. Sendo, hoje, conseguido através da adoção de um critério funcional de Administração, capaz de englobar todas as entidades que exercem funções públicas, independentemente da sua natureza jurídica ou do modo pelo qual foram adstritas à realização do interesse público.

Na privatização orgânica material, há um chamamento de entidades particulares, para através de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas, exercem tarefas públicas, cuja responsabilidade pela execução é lhes transferida pelo Estado, a quem cabe em último plano responder perante os cidadãos pela forma como organiza a execução da tarefa pública.

Estas entidades particulares são chamadas a exercer funções públicas, e por via do exercício destas, integram a Administração, de um ponto de vista funcional, uma vez que se trata de entidades “*verdadeira ou genuinamente privadas, que, em geral, nascem, crescem e desenvolvem o seu agir no exercício de direitos e liberdades, pertencem à sociedade, à esfera*

⁹⁶ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 391

⁹⁷ Vide nota 91

*privada*⁹⁸”, e que por via do exercício de funções públicas de que foram investidas, integram a Administração.

Fala-se, por isso, aqui numa “*Administração Pública concessionada ou delegada*”⁹⁹, em que entidades particulares são chamadas para exercer funções administrativas, através de um contrato de concessão ou delegação.

Estamos, assim, na presença de entidades puramente privadas, que por pertencerem à sociedade, não se incluem na Administração de um ponto de vista institucional. O que não invalida a integração destas na Administração, quando chamadas a exercer funções administrativas, só que de um ponto de vista funcional. “*O driver que orienta a integração consiste no exercício de uma função ou tarefa administrativa*”¹⁰⁰.

O que faz com estas entidades particulares investidas de funções administrativas, integrem a Administração de um ponto de vista funcional, encontrando-se, por isso, potencialmente sujeitas ao direito administrativo.

No entanto, para que a sua atuação externa se encontre submetida ao direito administrativo não é suficiente que esteja investida de funções administrativas, pelo contrário, como se trata de entidades privadas aplicasse-lhes por regra o direito comum, o direito privado, e excecionalmente o direito administrativo, quando estas no âmbito das funções de que foram investidas, actuem ao abrigo de normas que esta se dirigem, por estar investida de funções públicas, para lhe “*impor deveres especiais,...para delegar poderes públicos de autoridade ou mesmo para regular aspectos do seu funcionamento interno*”¹⁰¹.

Neste sentido, a atuação externa destas entidades particulares investidas de funções públicas, que se encontre submetida a normas de direito administrativo, que a estas se dirigem por estarem investidas de funções públicas, reger-se-á pelo direito administrativo.

Quanto à privatização orgânica formal, caracteriza-se pela criação de entidades em forma jurídico - privada, por iniciativa de entidades públicas (v.g das sociedades com capitais exclusivamente públicos, fundações) ou por parcerias público – privadas (v.g das sociedades

⁹⁸ GONÇALVES, Pedro. In *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, cit. P.52

⁹⁹ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 396

¹⁰⁰ GONÇALVES, Pedro. in *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, cit. P.52

¹⁰¹ *ibid.*, cit. P.56

com capitais mistos), sob a influência dominante de uma entidade pública, para realização de tarefas públicas – denominadas de entidades administrativas privadas.

Podendo a criação destas entidades administrativas privadas surgir através da conversão de pessoas coletivas públicas de direito público em pessoas coletivas privadas de direito privado, como sucedeu nos hospitais públicos, que foram transformados de entidades públicas empresariais em sociedades anónimas; podendo também ser criadas *ex novo* para a realização de tarefas públicas, como sucedeu nos setores metropolitanos e ferroviários, o caso do Metro do Porto, S.A ou da EMEF, Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.

A integração destas entidades administrativas privadas na Administração efectiva-se de forma institucional, porque apesar de revestirem uma forma privada, são criadas por uma entidade pública, sob a influência dominante desta, para a realização de tarefas públicas, portanto entidades administrativas, que pertencem ao “*setor público*”¹⁰², à “*esfera do Estado*”¹⁰³. O que justifica que a doutrina se referia a uma “*administração pública em forma privada*”¹⁰⁴, ou a uma “*administração indirecta privada*”¹⁰⁵.

Neste sentido, só pode falar de entidades administrativas privadas, quando estas entidades privadas estejam sob a influência dominante de uma entidade pública: sendo que essa influência dominante (que se processa a nível interno e como veremos pelo direito privado), pode ser determinada em alguns casos pela lei, como sucede no regime jurídico que regula o setor empresarial do Estado e das empresas públicas e noutros casos através de outros critérios, por ex. através da maioria de votos.

Assim, resulta do Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado e das Empresas Públicas, o RJSEEEP, do art.º 3º nº 1 que são empresas públicas “*as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização*”.

¹⁰² *Ibid.*, p. 52

¹⁰³ *Ibid.*, p.52

¹⁰⁴ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 396

¹⁰⁵ OTERO, Paulo. In **Legalidade e Administração Pública**, cit. p.305.

Para uma melhor compreensão da expressão “*administração indirecta privada*” vide nota 14.

Exemplo típico de uma empresa pública sob a forma societária, com capitais exclusivamente públicos – fator revelador de uma influência dominante é a EMEF- Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.

Outro exemplo de uma empresa pública é a Caixa Geral de Depósitos, S.A, com capitais exclusivamente públicos, sendo que só o Estado pode ser detentor.

Podendo também esta influência dominante encontrar-se no Regime Jurídico do Setor Empresarial Local (RJSEL)¹⁰⁶ onde refere no art.º 3º que *“são empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais os municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, respectivamente, possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização”*.

Neste momento o recurso pelo Estado ou por outro ente público de fins múltiplos à forma societária para as empresas públicas ou para as empresas municipais, é recorrente, havendo inúmeros exemplos que aqui podíamos referir. Verificando-se com esta mediada de privatização orgânica formal, além da *“fuga para o direito privado”*¹⁰⁷, uma fuga para a jurisdição comum.

Na falta de uma disposição legal, que indique o modo como se verifica a influência dominante de uma entidade pública sobre uma entidade privada, por aquela criada, para realização de tarefas públicas, deve atender-se a fatores como a detenção pela entidade pública *“da maioria dos votos na assembleia-geral de uma associação ou de uma*

¹⁰⁶ Lei nº 53º-F/2006 de 29 de dezembro estabelece o Regime Jurídico do Setor Empresarial Local, tendo sido alterada pela lei nº 67-A/2007 de 31 de dezembro, pela lei 64-A/2008 de 31 de dezembro e pela lei 55/2011 de 15 de novembro.

Adiante designado por RJSEL.

São empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas além das sociedades constituídas pelas leis comerciais, nas quais os municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto exerçam uma influência dominante; as entidades empresariais locais. Estas últimas são pessoas coletivas públicas sujeitas a um regime de direito privado, pelo que não podem ser qualificadas como entidades administrativas privadas. Já as sociedades constituídas nos termos das leis comerciais, sob a influência dominante do município, de associações de municípios ou das áreas metropolitanas de Lisboa ou Porto, porque revestem uma forma privada e encontram-se sob a influência dominantes de entes públicos, são entidades administrativas privadas.

A lei 55/2011 de 15 de novembro veio no art.º 4º suspender a *“possibilidade dos municípios, associações de municípios e áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto criarem empresas ou adquirirem participações em sociedades comerciais”*.

¹⁰⁷ Vide nota 2

cooperativa, ou o direito estatutário de designação da maioria dos membros da administração de uma fundação”¹⁰⁸.

Neste sentido, só pode falar de entidades administrativas privadas, quando haja uma influência dominante de uma entidade pública sobre a entidade privada, por aquela criada para a realização de tarefas públicas, exercendo a entidade pública uma influência dominante sobre aquela a nível interno e pelo direito privado.

Lamentando-se aqui, visto estarmos perante uma “*administração pública em forma privada*”¹⁰⁹, ou camuflada em entidades privadas por esta criada e sob influência dominante desta para a execução de tarefas públicas, que não haja um controlo, por parte da entidade pública dominante, com *natureza pública administrativa*¹¹⁰, sob a entidade privada, na execução das tarefas públicas de que foi incumbida.

O que parece de certa forma inconcebível, tendo em atenção o disposto no artigo 267º nº 2 da CRP, onde estabelece que as formas de desconcentração não poderão por em causa a “*unidade de acção da Administração, ... os poderes de superintendência e tutela dos órgãos competentes*”¹¹¹. Pelo que neste sentido, as entidades públicas deveriam dispor de um “*poder de ingerência, controlo e de influência externa, com natureza pública administrativa*”¹¹² sob estas entidade privadas, que integram a administração indireta (sob a forma privada), para a execução de tarefas públicas, independentemente da influência dominante interna que tenham sobre esta (que se desenvolverá sempre pelo direito privado).

No entanto, apesar desta nítida ausência de um controlo a nível externo, com natureza pública, sob a entidade administrativa privada, há que realçar o aparecimento do *direito societário administrativo*, que vem assim, juntar ao direito societário os poderes de controlo tão reclamados pela Administração.

Com origem alemã, “*o direito societário administrativo apresenta-se, portanto, como um direito das sociedades modificado e integrado por exigências de direito público*”¹¹³.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 398

¹⁰⁹ Vide nota 104

¹¹⁰ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p. 415

¹¹¹ Cfr. art.º 267º nº 2 da CRP

¹¹² *Ibid.*, cit. p.415

¹¹³ GONÇALVES, Pedro. in **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p.415

Em Portugal não há uma lei a estabelecer um regime jurídico de controlo com natureza pública sobre a actuação destas entidades administrativas privadas, o que como vimos, fazem parte da administração indireta (sob a forma privada), viola a constituição, referindo o art.º 267º n.º 2 da CRP, que as formas de desconcentração administrativas, não podem por em causa os poderes de superintendência e tutela exercidos pelos órgãos competentes.

Há no entanto, no campo do setor empresarial uma disciplina específica, que submete estas entidades administrativas privadas a um controlo de natureza pública, como sucede no Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado e das Empresas Públicas (RJSEEEP), onde se constata que as empresas públicas, devem cumprir as orientações estratégicas emitidas em Conselhos de Ministros (artigo 11º n.º 1 da RJSEEEP); ficam sujeitas “*a controlo financeiro que compreende a análise da sustentabilidade e a avaliação da legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão*” (artigo 12º n.º 1 da RJSEEEP); competindo este controlo financeiro à Inspeção-Geral de Finanças (artigo 12º n.º 2 da RJSEEEP).

Um outro exemplo onde podemos encontrar a presença de um *direito societário administrativo*, é no setor empresarial local, no Regime Jurídico do Setor Empresarial Local (RJSEL), onde se constata a existência de um controlo de natureza pública pelas câmaras municipais, pelo conselho directivo da associação de municípios e pelas juntas metropolitanas, sobre as empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas. Devendo estas empresas seguir as orientações emitidas (art.º 16º do RJSEL); estão sujeitas ao controlo financeiro com vista a apurar a legalidade, eficácia da gestão (art.º 26º n.º 1 do RJSEL), competindo, sem prejuízo da competência do tribunal de contas, o controlo financeiro à Inspeção Geral de Finanças (art.º 26º n.º 2 do RJSEL).

Foras destes casos, em que há uma disciplina específica, constatamos que quanto às entidades administrativas privadas sem natureza societária ou empresarial, não há um regime jurídico que conceda tais poderes. Pelo que, e como vimos mesmo por exigências constitucionais, deve a entidade dominante ter um “*controlo público de natureza administrativa*”¹¹⁴ sobre a entidade dominada, que pode passar pela celebração de um “*contrato administrativo que regule as relações entre a entidade pública e a entidade privada*”.¹¹⁵

¹¹⁴ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p 417

¹¹⁵ GONÇALVES, Pedro. In **Entidades Privadas com Poderes Públicos**, cit. p.417

Quanto às relações destas entidades administrativas privadas com terceiros, relações externas, devido à sua natureza privada, e de acordo com o “*princípio de congruência entre as formas jurídicas de organização e de direito aplicável, deve entender-se que a acção destas entidades se pauta (em princípio) pelo direito privado - de um direito privado adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo*”¹¹⁶ - pelo direito privado administrativo.

A submissão destas entidades ao direito administrativo é de carácter excepcional, ocorre, nomeadamente, quando a sua actuação externa se encontre submetida a normas jurídicas que a estas se dirigem, enquanto membros da administração, para lhes atribuir por ex. poderes de autoridade.

Em conclusão, a transferência da responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, que consiste num processo de privatização orgânica, pode suceder através da celebração de um contrato de concessão ou delegação de funções públicas em entidades particulares – privatização orgânica material; ou através da criação de entidades em forma privada, por iniciativa de uma entidade pública, sob a influência dominante desta, para a execução de tarefas públicas – as denominadas entidades administrativas privadas – privatização orgânica formal.

Consistindo esta medida de privatização orgânica formal numa “*privatização das formas de organização da administração*”¹¹⁷, que passa a integrar entidades privadas, criadas por uma entidade pública, sob a influência dominante desta, para a execução de tarefas públicas, tratando-se de entidades administrativas sob a forma privada, que integram a administração indireta, sob a forma privada – tratando-se de uma integração institucional.

No caso da privatização orgânica material, há um chamamento de entidades particulares para a execução de tarefas públicas, que investidas de funções públicas, integram a administração de um ponto de vista funcional.

Passando estas entidades privadas com funções públicas a integrar a administração e por isso potencialmente sujeitas ao direito comum desta, o direito administrativo.

¹¹⁶ GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, cit. p.53

¹¹⁷ Vide nota 50

Encontrando-se excecionalmente sujeitas ao direito administrativo, quando no exercício de funções administrativas, actuem segundo normas que a estas se dirigem enquanto entidades investidas de funções públicas ou membros da administração, para lhes impor deveres ou conferir poderes de autoridade.

Fora destes casos, regem-se pelo direito privado, no caso das entidades administrativas privadas, pelo direito privado administrativo, na execução das tarefas públicas de que foram incumbidas, havendo aqui uma verdadeira “*fuga para o direito privado*”¹¹⁸ pela administração.

¹¹⁸ Vide nota 2

1.4 Privatização do direito aplicável à atuação da Administração na execução de tarefas públicas

Como podemos ver, o processo de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, pode traduzir-se na participação de agentes privados na execução de tarefas públicas, transferindo-se em alguns casos a responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades privadas, (privatização orgânica), e noutras situações, nem sequer esta responsabilidade é transferida, limitando – se a entidade particular a colaborar ou auxiliar a Administração na execução de uma tarefa pública, disponibilizando os seus meios para a execução da tarefa pública (privatização funcional). Constituindo ambas as situações uma forma de privatização da execução de tarefas públicas – que passam a ser executadas por entidades privadas que colaboram ou substituem a administração na execução das tarefas públicas, regendo-se para tanto pelo seu direito comum, o direito privado e excecionalmente no caso das entidades privadas com funções pública e entidades administrativas privadas, pelo direito administrativo.

Tendo já sido denominada esta privatização na execução de tarefas públicas como uma “*privatização directa*¹¹⁹” da Administração na execução desta tarefas, através do recurso a entidades privadas, seja pelo chamamento de entidades particulares ou pela criação de entidades em forma privada, para a execução de tarefas públicas, cuja colaboração ou missão da realização de tarefas públicas, se vai reger pelo direito privado, constituindo a “*fuga para o direito privado*¹²⁰” na execução de tarefas públicas, pelo próprio processo de privatização da execução de tarefas públicas.

Situação diferente sucede quando a Administração mantém a natureza pública do ente incumbido da realização de tarefas públicas mas privatiza o regime pelo qual se vai reger a sua atuação.

Havendo aqui um escape para o direito privado pela Administração, que sem recorrer a entidades privadas para a execução de tarefas públicas, e mantendo a natureza pública da

¹¹⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. p. 38

¹²⁰ Vide nota 2

entidade, privatiza o regime jurídico pelo qual a entidade administrativa se vai reger na execução de uma tarefa pública.

Ocorrendo aqui uma forma de “*privatização indirecta*” do direito aplicável à actuação da entidade administrativa na realização das tarefas públicas, que através de um ato público, submete entidades públicas a um regime de direito privado.

Referindo a este propósito SÁNCHEZ que o “*fenómeno da privatização indirecta ou lato sensu, se verifica sempre que um acto jurídico- público, sem reflexos formais na natureza pública de uma entidade administrativa ou na titularidade do poder de gestão de um determinado interesse público, é susceptível de provocar a alteração substancial do direito estatutariamente aplicável a tal entidade*”¹²¹”.

Pelo que com esta medida de privatização, mantém-se a natureza pública da entidade, privatizando-se o regime jurídico pelo qual se vai regular na execução das tarefas públicas, tendo sido denominada esta forma de privatização por PAULO OTERO como uma “*privatização do direito regulador da Administração*”¹²², e por SÁNCHEZ como uma “*privatização do direito aplicável pela Administração Pública*”¹²³, devendo tal medida de privatização ser considerada como uma modalidade de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que consiste na execução de tarefas públicas por entidades públicas, submetidas ao direito privado, traduzindo um resultado semelhante ao da “*privatização directa*”¹²⁴, ou seja, uma “*fuga para o direito privado*”¹²⁵ na execução de tarefas públicas.

Havendo aqui uma privatização encoberta na execução de tarefas públicas, através da conservação natureza pública do ente, há uma submissão da sua actuação a um regime de direito privado.

No entanto, porque se trata de entidades administrativas, adstritas pela sua natureza aos “*princípios constitucionais e legais de direito administrativo*”¹²⁶, deve aqui entender-se que

¹²¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. p. 38

¹²² OTERO, Paulo. in “*Coordenadas jurídicas...*” cit. p. 38.

¹²³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. p. 37

¹²⁴ Vide nota 119

¹²⁵ Vide nota 2

¹²⁶ GONÇALVES, Pedro. in *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, cit. p.54

esta submissão será sempre a um “*direito privado administrativizado ou publicizado*”¹²⁷, diferente do direito privado pelo qual se regem os particulares.

Estamos assim, aqui mais uma vez na presença do direito privado administrativo, o *verwaltungsprivatrechts*¹²⁸, que se consiste num direito privado adaptado “*por elementos de direito público tendentes à salvaguarda mínima dos direitos fundamentais e os princípios fundamentais da constituição relativos à Administração pública (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade)*. O direito privado administrativo é por isso um direito privado com elementos publicísticos”¹²⁹.

O qual defendemos e seguindo uma posição minoritária¹³⁰, que o direito privado administrativo se deve aplicar a toda a atuação da administração, mesmo no campo do setor empresarial.

Neste sentido, se o direito privado administrativo, é um direito privado adaptado pelos princípios que a Administração está obrigada a observar, tais princípios como decorre do art.º 2º n.º 5 do CPA¹³¹ “*são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada*”¹³².

Pelo que, o direito pelo qual se regem estas entidades públicas com regime de direito privado na execução de tarefas públicas, com a excepção da sujeição ao direito administrativo, é pelo direito privado administrativo.

Constituindo esta forma de privatização, uma privatização na forma de ação da Administração, que passa a reger-se pelo direito privado na execução de tarefas públicas.

¹²⁷ OTERO, Paulo. In “*Coordenadas jurídicas...*” cit. p. 40

¹²⁸ Conceito de origem alemã, consiste na modificação ou adaptação do direito privado aos princípios que pela constituição e pela lei a Administração está obrigada a observar. “*Trata-se de um direito privado adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais do direito administrativo*”. Pedro GONÇALVES, *entidades privadas com poderes administrativos*, cit. p.54

Este conceito foi inicialmente desenvolvido na obra **Verwaltungsrecht II**, de WOLFF, Hans, J; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf, Munique 1987.

Mais tarde, este conceito foi divulgado, tendo sido abordado por VITAL MOREIRA in ob. cit., p. 284; por Pedro GONÇALVES, in *entidades privadas com poderes administrativos*, cit., p.53 e 54; por Pedro Fernández SÁNCHEZ, ob. cit. p. 38 entre outros autores.

¹²⁹ VITAL MOREIRA, ob. cit. P. 284

¹³⁰ Vide VITAL MOREIRA, ob. cit. p.284. Refere o autor que a posição maioritária defende que o direito privado administrativo só se deve aplicar a atuação materialmente administrativa e não ao setor empresarial.

¹³¹ Código do Procedimento Administrativo, adiante designado por CPA.

¹³² Cfr. art.º 2º n.º 5 do CPA

Consistindo esta forma de privatização do direito aplicável à actuação da entidade administrativa, uma forma de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, que apesar de continuarem a ser executadas por entidades públicas, estão submetidas a um regime de direito privado - o qual vai reger a sua actuação na execução de tarefas públicas.

Tendo esta forma de privatização do direito aplicável à actuação das entidades administrativas na execução de tarefas públicas uma fase embrionária no setor empresarial do Estado (v.g com é o caso das entidades públicas empresariais, as E.P.E, que são entidades de natureza pública empresarial mas regem-se pelo direito privado), que rapidamente se estendeu a outros setores de carácter não económico, como sucedeu no setor do ensino superior, com a última reforma do ensino superior, que veio a permitir-se às universidades públicas a conversão em fundações públicas com regime de direito privado.

O instituto da fundação pública com regime de direito privado, não é exclusivo das universidades públicas, no entanto tem vindo a ser aplicado pelo Estado essencialmente a estas.

As fundações públicas com regime de direito privado são o melhor exemplo que aqui podemos deixar de uma privatização do direito aplicável à actuação de uma entidade pública.

Segunda parte

Fundações públicas com regime de direito privado

Nesta segunda parte, dedicamo-nos ao estudo das fundações públicas com regime de direito privado, em especial das “*fundações públicas universitárias*”¹³³ e das implicações tidas na prossecução do interesse público, em especial no setor do ensino superior, pela “*fuga para o direito privado*”¹³⁴, que é também uma forma de privatização, na forma de ação da Administração.

Este modelo fundacional com regime predominantemente privatístico, foi adotado em Portugal para as universidades públicas, desde a última grande reforma do ensino superior público, Lei 62/2007 de 10 de Setembro, que consagra o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (RJIES), que entrou em vigor a de 10 de Outubro de 2007 e que veio permitir que as universidades públicas se convertam de institutos públicos em fundações públicas com regime de direito privado.

A adoção de um modelo fundacional com regime predominantemente privatístico para as universidades públicas, tem suscitado dúvidas em algumas universidades portuguesas, que mostram sérias reticências na conversão do seu modelo actual de instituto público em *fundação pública com regime de direito privado*.

É certo que a adoção deste modelo tem vantagens e desvantagens, que terão de ser ponderadas pelas instituições de ensino superior públicas, seja pelo regime jurídico - privatístico a que passam a estar predominantemente sujeitas, seja pela adoção de um modelo de fundação.

Por isso, apresentamos nesta segunda parte, um estudo acerca das organizações destinadas “*a prosseguir um fim duradouro ao qual esteja afectado um património*”¹³⁵, *id est*,

¹³³ Vide nota 20

¹³⁴ Vide nota 2

¹³⁵ Definição de MARCELLO CAETANO, in “*Das fundações – subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*”, 1961 *apud* MACEDO, Adalberto J. B.M , ob. cit. , p. 16.

das várias espécies de fundações que existem no nosso ordenamento jurídico, para que assim possamos, afinal distinguir e definir as *fundações públicas com um regime de direito privado*.

Capítulo I

Fundações

1. As Fundações

Fundações são pessoas coletivas, dotadas personalidade jurídica, cujo património se encontra organizado e afetado, desde a sua constituição, à realização de fins de interesse público ou de interesse coletivo¹³⁶.

Nas palavras de Blanco de Moraes trata-se de *“uma pessoa colectiva que, através de um substrato patrimonial que lhe é afectado por meio de acto de instituição, desenvolve um conjunto de actividades destinadas ao preenchimento de fins desinteressados, ligados em regra a um escopo de interesse social ou público”*.¹³⁷

Podendo ser definidas como uma *“organização destinada a prosseguir um fim duradouro ao qual esteja afectado um património”*¹³⁸, ou como *“um conjunto de bens*

¹³⁶ O art.º 3º da Lei-Quadro das Fundações, aprovada pela lei 24/2012 de 9 de Julho, vem definir fundação como uma *“pessoa colectiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afectado à prossecução de um fim de interesse social”*.

Note-se que esta definição apresentada fica muito aquém do conceito de fundação. Na verdade, as fundações públicas, criadas por iniciativa pública, através de uma ato público, são dotadas de um património que fica afectado à persecução de interesses públicos.

Pelo que o legislador ao consagrar um conceito de fundação como uma pessoa colectiva dotada de um património afectado à realização de um escopo de interesse social, esqueceu-se que as fundações públicas prosseguem fins que além de serem de interesse social, têm de ser de interesse público.

Ou simplesmente, confunde estes dois elementos teleológicos caracterizadores das duas espécies de fundações públicas e privadas, não distinguindo fins de interesse público de fins de interesse social.

Pelo que, deveria incluir-se ao lado da expressão *“ afectado à prossecução de um fim de interesse social”* ou de interesse público.

Prefere-se a definição de Carlos Blanco de Moraes que apresentamos no texto acima, onde define estas duas realidades no conceito de fundação.

¹³⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos. Ob. Cit. p. 553

¹³⁸ MARCELLO CAETANO. In **Das Fundações – Subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa**, Edições Ática, 1961 *apud* MACEDO, Adalberto J. B.M , ob. cit. , p. 16.

*afectados de forma permanente à realização de determinada finalidade, de natureza altruística.*¹³⁹”

Existem, no nosso ordenamento jurídico, duas espécies de fundações: as *fundações públicas*, organizações criadas por iniciativa e ato do poder público, com património público, afectado à prossecução de fins públicos específicos, regem-se pelo direito administrativo; e as *fundações privadas*, criadas por iniciativa privada, através de um negócio jurídico, *inter vivos* ou *mortis causa*, com meios privados, cujo património está organizado para a prossecução de fins de interesse colectivo, regem - se pelo código civil.

No entanto, existem alguns desvios ao aqui enunciado. Exemplo de um desvio à primeira situação, são as fundações públicas com um regime de direito privado¹⁴⁰, pessoas coletivas públicas, constituídas por iniciativa do poder público administrativo, por via legislativa, têm um património e um fim público, no entanto, regem-se por um regime de direito privado. Trata-se, de um direito privado adaptado e ajustado aos princípios constitucionais e legais do direito administrativo (v.g igualdade, imparcialidade e proporcionalidade), a que a Administração está obrigada a observar. O que nos conduz à presença do já designado direito privado administrativo, que é “*um direito privado com elementos publicísticos*”¹⁴¹.

Um desvio à segunda situação atrás enunciada, são as fundações privadas com origem pública também designadas por como “*fundações de origem pública e de direito privado*”¹⁴²,

¹³⁹ PRATA, Ana. In Dicionário Jurídico, p. 252 *apud* MACEDO, Adalberto J. B.M , ob. cit. , p. 16.

¹⁴⁰ Como Fundação pública com regime de direito privado temos nosso ordenamento jurídico a Universidade do Porto, a Universidade de Aveiro e o ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa. Pelo decreto-lei nº 96/2009 de 27 de Abril, transformou – se a Universidade do Porto (UP) em fundação pública com regime de direito privado e pelo decreto-lei nº 97/2009 de 27 de Abril, transformou – se também em fundação pública com regime de direito privado a Universidade de Aveiro (UA).

O ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL) converteu-se também em fundação pública de direito privado, pelo decreto – lei nº 95/2009 de 27 de Abril.

Actualmente a Universidade do Minho (UM) está a fazer esforços no sentido de passar a fundação pública com regime de direito privado, tendo já sido aprovada a sua passagem a este modelo fundacional.

¹⁴¹ VITAL MOREIRA, ob. cit. p. 284.

¹⁴² CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. in ob. cit. p.25

As Fundações Privadas de Origem Pública são também pessoas coletivas de utilidade pública, “*entidades privadas, às quais a Administração, tendo em conta a natureza das respectivas actividades, concede as vantagens decorrentes do reconhecimento da utilidade pública*”. Cfr. LUCAS PIRES, Miguel, in *Regime Jurídico Aplicável às Fundações de Direito Privado e Utilidade Pública*. Centro de estudos de direito público e regulação. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Maio de 2011. CEDIPRE online /7. P. 2.

Estas fundações privadas são criadas pelo Estado, muita vezes em parceria com entidades privadas para a realização de fins sociais que coincidem com fins públicos, sendo lhes, por isso, reconhecido o estatuto de utilidade pública, logo no ato de instituição. A designação utilizada de fundações privadas de origem pública, justifica-se por estas terem no seu embrião uma entidade pública distinguindo-as das Fundações Privadas de

entidades privadas, regidas pelo direito privado, na sua “*instituição interveio uma pessoa coletiva pública e o seu património é de origem exclusiva ou predominantemente pública. Algumas destas fundações foram instituídas por diplomas legais que constituem lei especial criadora de um regime singular que prevalece sob o regime geral no respeito pelo princípio da especialidade*”.¹⁴³

Um segundo desvio à segunda situação, são as Fundações privadas de utilidade pública¹⁴⁴, entidades criadas por regra por iniciativa privada, com património e meios particulares, prosseguem fins de interesse geral; cooperam com a Administração central ou

Utilidade Pública *Tout Court*, que são entidades genuinamente privadas, com uma origem privada, cujo fim é reconhecido como de utilidade pública. Assim, designação das primeiras justifica-se pela sua origem pública que as diferencia das fundações privadas e de utilidade pública *Tout Court*, mas que não impede que sejam denominadas também de fundações privadas de utilidade pública e que se insiram dentro da categoria de pessoas coletivas de utilidade pública.

¹⁴³ CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. In ob. cit. P. 25

Exemplo de uma *fundação privada com uma origem pública* é a Fundação Luso - Americana para o Desenvolvimento, criada pelo Decreto-Lei n.º 168/85 de 20 de Maio “*nasce da decisão do Estado de criar uma instituição de direito privado que de forma perene, flexível e autónoma, promova as relações entre Portugal e os Estados Unidos, visando, com este intercâmbio, o desenvolvimento económico, social e cultural português. O seu património inicial constituiu-se através de transferências monetárias feitas pelo Estado Português, e provenientes do Acordo de Cooperação e Defesa entre Portugal e os EUA (1983)*”, in <http://www.flad.pt>.

A FLAD apesar ter uma origem e o património públicos é uma pessoa coletiva privada de utilidade pública.

Temos também como exemplo de uma fundação privada de origem pública a Fundação Casa da Música (cujo edifício foi construído no âmbito das comemorações do Porto 2001 capital europeia da cultura), criada pelo Decreto-Lei n.º 18/2006 de 26 de Janeiro; a Fundação Mata do Buçaco, situada no conselho Mealhada, foi criada pelo Decreto-Lei n.º 120/2009 de 19 de Maio e a Fundação Cidade de Guimarães, criada pelo Decreto – Lei n.º 202/2009 de 28 de Agosto, cidade que vai ser a capital europeia da cultura em 2012.

Exemplo de uma fundação privada com origem pública e também privada (as já referidas parecerias entre entidades públicas e privadas) é a Fundação Serralves, criada pelo Decreto - Lei n.º 240-A/89 de 27 de Julho, na sua origem encontra-se o Estado e outras entidades públicas a que se juntam entidades e personalidades particulares. Parte do património é adquirido pelo Estado e entregue à fundação, para a realização de fins artísticos e culturais. Existe uma parceira entre o Estado e entidades privadas para a realização de fins que são afinal não só de interesse social mas também de interesse público. No preâmbulo do referido Decreto – Lei refere-se que “*a forma institucional mais adequada à criação desta entidade é a de uma fundação, constituída por uma participação significativa de capital privado, associada à presença do Estado, que assegurará uma parte convencionada dos seus custos fixos de manutenção*”. Referindo o art.º 1º n.º 2 que a “*Fundação é instituída pelo Estado e pelas pessoas singulares e coletivas, enumeradas no art.º 35 dos estatutos.*” À Fundação Serralves foi reconhecido o estatuto de utilidade pública.

Outro exemplo de fundações privadas com uma iniciativa pública e privada é a Fundação Paula Rego, criada pelo decreto – lei n.º 213/2009 de 4 de Setembro, onde refere que a fundação é uma pessoa coletiva de direito privado, de duração indeterminada, constituída pela Paula Rego, pelo Estado Português, pelo Município de Cascais e por John Erle-Drax; a Fundação Martins Sarmiento, criada pelo Decreto-Lei n.º 24/2008 de 8 de Fevereiro tendo como instituidores o Estado, a Sociedade Martins Sarmiento, o município de Guimarães e a Universidade do Minho; por último temos a Fundação para a Protecção e Gestão Ambiental das Salinas do Samouco, criada pelo decreto-lei 306/2000 de 28 de Novembro, alterado pelo decreto – lei n.º 36/2009 de 10 de Fevereiro, tendo como instituidores o Estado, através dos Ministros do Equipamento Social, do Ambiente e do Ordenamento do Território, da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas e da Ciência e da Tecnologia, a LUSOPONTE, o Oceanário de Lisboa e o Instituto da Conservação da Natureza.

¹⁴⁴ Também denominadas de *fundações de direito privado e utilidade pública*. A iniciativa da criação da fundação é privada, regem-se pelo direito privado e prosseguem fins de interesse geral da colectividade, o que lhes confere o reconhecimento de utilidade pública.

local, o que lhes confere o reconhecimento do estatuto de utilidade pública¹⁴⁵, passando a estarem sujeitas parcialmente a um regime de direito administrativo.

Estas fundações privadas de utilidade pública podem também surgir por iniciativa pública ou por uma parceria entre entidades públicas e privadas, com património público e privado.

No entanto, pertencem ao setor privado, apesar da iniciativa e património poderem ser públicos, elas são especificamente criadas para prosseguir certos fins de interesse social, que coincidem com fins públicos, o que faz com que haja por parte da Administração um reconhecimento do estatuto de utilidade pública. Verificando – se, nestes casos, que em regra, a declaração de utilidade pública atribuída à fundação privada, efectua-se logo no ato de constituição da fundação, pelo Governo, no diploma legal que a institui.

Referimo-nos neste último caso, às fundações privadas com origem pública, que além de pessoas coletivas privadas, são pessoas coletivas de utilidade pública, cujo estatuto é lhes logo atribuído, por regra, no diploma legal que as institui, podendo, por isso, ser intituladas de fundações privadas de utilidade pública, porque afinal também são.

Neste sentido, são vários os desvios apontados ao conceito de fundação pública e fundação privada, o que face a existência de uma grande diversidade de fundações e das particularidades e especificidades que cada uma pode assumir, faz com que o enquadramento destas, numa das categorias apresentadas seja muitas vezes difícil, tornando-se a sua qualificação e integração numa tarefa árdua. Encontrando-se a solução, na adoção pela doutrina de critérios que permitam determinar uma fundação como pública, ou na ausência ou consenso desta na adoção destes, na verificação da existência dos critérios que permitem qualificar uma entidade como pessoa coletiva pública¹⁴⁶.

¹⁴⁵ O Decreto – lei nº 460/77 de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto – lei nº 391/2007, de 13 de Dezembro, consagra o regime jurídico que regula as situações de reconhecimento de pessoas coletivas de utilidade pública. São aqui definidas como as «associações ou fundações que prossigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a Administração central ou a Administração local, em termos de merecerem da parte desta Administração a declaração de utilidade pública».

Exemplo de uma *fundação privada de utilidade pública*, com iniciativa privada é a fundação Calouste Gulbenkian (o reconhecimento de utilidade pública deu-se com a aprovação dos estatutos, pelo decreto – lei nº 40690, de 18 de Julho de 1956,) e da Fundação Oriente (cuja utilidade pública foi reconhecida por Declaração publicada no Suplemento do *Diário da República* nº 54, II Série, de 6 de Março de 1989).

¹⁴⁶ Solução também acolhida por LUCAS PIRES, Miguel in ob. cit.

São pessoas coletivas públicas, “*aquelas que, sendo criadas por acto do poder público, existem para a prossecução necessária de interesses públicos e exercem em nome próprio poderes de autoridade*”¹⁴⁷, ou numa outra visão, aquelas entidades que prosseguem “*primariamente fins de interesse público, reflectindo-se esta finalidade relevantemente na sua constituição ou no seu regime*”.¹⁴⁸

As restantes são pessoas coletivas privadas, “*determinam-se por exclusão de partes*”¹⁴⁹. Não há uma definição legal de pessoa coletiva privada. Há, no entanto, um regime jurídico geral e especial para os tipos de pessoas coletivas privadas que podem existir, consagrando o legislador, no código civil, três formas que estas podem assumir: associações, sociedades e fundações.

Neste sentido, na ausência de critérios ou insuficiência destes que permitam qualificar um ente como uma fundação pública, a solução poderá estar no estudo na natureza jurídica do ente, a qual permitirá saber se dada entidade é uma fundação pública, independente dos desvios e particularidades que possa assumir.

Por isso, facilitada está a questão de qualificar as fundações como públicas ou privadas, seja pela adoção de critérios que a permitem identificar uma fundação pública, ou na ausência ou insuficiência destes, pela verificação dos critérios que permitem qualificar uma dada entidade como uma pessoa coletiva pública ou privada. No entanto, complicado é de apurar quais os critérios que nos permitem qualificar como pública ou privada uma pessoa coletiva.

A doutrina nem sempre foi unânime quanto ao critério ou critérios a adotar, não havendo consenso quanto aos “*critérios de identificação*”¹⁵⁰ de uma pessoa coletiva pública ou uma pessoa coletiva privada (v.g apontando alguns autores um ou combinando critérios: v.g da iniciativa pública ou privada; do fim público ou de interesse social; o do controlo

Onde refere que “*indagar quais os critérios que presidirão à qualificação de uma determinada fundação como pública ou privada*”, é uma questão que se “*entronca numa outra, mais vasta e mais complexa, respeitante à distinção entre pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas*”. P. 1

¹⁴⁷ MARCELO CAETANO, *Manual de direito administrativo*. Vol. I. p. 184. Coimbra: 1991. Ed. Almedina, 10ª ed.

¹⁴⁸ CASTRO MENDES, João de. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. p. 387

¹⁴⁹ CARVALHO FERNANDES, Luís A. In *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. I. Introdução, pressupostos da relação jurídica. P.458. Universidade Católica ed. 3ª ed.

¹⁵⁰ VITAL MOREIRA, ob. cit. P. 266

estadual ou ausência deste; a dotação de poderes de autoridade¹⁵¹), permanecendo ainda hoje esta divergência doutrinária, a qual devido à complexidade e espacialidade não vai aqui ser abordada.

Dedicar-nos-emos, no entanto, às várias espécies de fundações que existem no nosso ordenamento jurídico, que muitas suscitam dúvidas acerca da natureza, bem como do seu enquadramento legal, para que, afinal, possamos saber dentro deste universo de fundações, qual a natureza e enquadramento legal das *fundações públicas com regime de direito privado*.

Para tanto, abordaremos algumas das espécies de fundações, como as fundações públicas (de direito público); as fundações privadas; as fundações privadas com origem pública ou “*fundações de origem pública e de direito privado*”¹⁵² e as fundações privadas de utilidade pública, de modo a que possamos distinguir e definir as *fundações públicas de direito privado*.

¹⁵¹ O estudo dos critérios que permitem identificar uma pessoa coletiva pública, mereceu ao longo dos tempos a atenção tanto dos administrativistas como civilistas. Entre os administrativistas conta-se MARCELO CAETANO, no seu “*Manual de direito administrativo*”, FREITAS DO AMARAL em “*Curso de Direito Administrativo*”, ESTEVES DE OLIVEIRA na sua obra “*Direito administrativo*” E REBELO DE SOUSA “*Lições de Direito Administrativo*”. Entre os civilistas conta-se MANUEL DE ANDRADE, “*teoria geral da relação jurídica*” 1992, CASTRO MENDES, “*Teoria geral do direito civil*”, DIAS MARQUES “*Teoria geral do direito civil*” 1958”, HEINRICH E. HORSTER, “*A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil.*”

¹⁵² CASAL BAPTISTA, Cristina Paula.in ob. cit. p.25

2. Fundações públicas

Existem no nosso ordenamento jurídico, fundações públicas de direito público, (“fundações públicas *tout court*”)¹⁵³ e de direito privado, sendo que estas últimas constituem o núcleo essencial do presente estudo, cuja análise e desenvolvimento relegamos para mais tarde.

Por ora, dedicamo-nos às “*fundações públicas tout court*”¹⁵⁴ também denominadas de fundações de direito público¹⁵⁵, são uma das espécies de instituto público¹⁵⁶, *constituídas por iniciativa e acto do poder administrativo, por via legislativa*”¹⁵⁷, com um património público, afectado à realização de interesses públicos específicos e regem – se por normas de direito administrativo.

Neste sentido, trata-se de “*patrimónios afectados à prossecução de fins públicos especiais, sob a égide do direito administrativo*”.¹⁵⁸

Enquadram-se dentro do conceito de pessoa coletiva de direito público¹⁵⁹, integram a Administração indireta do Estado¹⁶⁰ e das regiões autónomas¹⁶¹, na categoria de

¹⁵³ LUCAS PIRES, Miguel. In ob. cit. P. 5

¹⁵⁴ Vide nota anterior.

¹⁵⁵ Esta expressão é utilizada por Carlos Blanco de Moraes. Ob. Cit. p.562. Durante muito tempo, usou-se esta expressão para se referir às fundações públicas em contraposição com as fundações privadas, que eram denominadas de fundações de direito privado. Como só havia fundações públicas com um regime de direito público e fundações privadas com um regime de direito privado, esta expressão traduzia toda a essência da entidade. Hoje, porém, estas expressões nem sempre traduzem a correcta natureza jurídica do ente. Existem fundações públicas de direito privado, que são fundações públicas, mas que tem um regime privado, e existem fundações privadas de utilidade pública, que são entidades constituídas e regidas pelo direito privado, no entanto o reconhecimento pela Administração de pessoa coletiva de utilidade pública, compulsa e permite que certa actuação destas fundações privadas possa ser regulada por normas de direito administrativo. Actualmente uma entidade pública não está imperativamente sujeita ao direito público, podendo estar submetida predominantemente ao direito privado. E uma entidade privada pode estar sujeita a um regime público, sem que isso altere a sua natureza privada.

¹⁵⁶ Havendo mais duas espécies de instituto público: os serviços personalizados e os estabelecimentos públicos.

¹⁵⁷ MACEDO, Adalberto J. B.M, ob. cit., p. 15

¹⁵⁸ MACEDO, Adalberto J. B.M, ob. cit., p. 37

¹⁵⁹ Art.º 4º da Lei - Quadro dos Institutos Públicos, Lei nº 3/2004 de 15 de janeiro, alterada pela Lei 51/2005 de 30 de agosto, pelo Decreto – lei nº 105/2007 de 3 de abril e pela lei 64-A/2008 de 31 de dezembro, pelo decreto-lei nº 40/2011 de 22 de março, pelo decreto-lei 5/2012 de 17 de janeiro.

institutos públicos¹⁶², são criadas pelo Estado outra pessoa coletiva pública de fins múltiplos, para prosseguirem interesses específicos destes e neste sentido, estão sujeitas à tutela¹⁶³ e superintendência¹⁶⁴ do Estado (art.º 41º e 42º LQIP).

Numa concepção tradicional as fundações públicas, denominadas *in tempore* de fundações de direito público, eram definidas como aquelas que sendo “criadas por lei ou por acto administrativo, prosseguem fins públicos e estão em relação directa com uma pessoa coletiva pública¹⁶⁵”.

Adiante designaremos por LQIP.

¹⁶⁰ Por Administração Indireta do Estado entende-se o “conjunto das entidades públicas que desenvolvem, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, uma actividade administrativa destinada à realização de fins do Estado”. In FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, Vol. I 3ª ed., p. 350.

Dentro da Administração indireta do Estado existem duas espécies de organismos: os institutos públicos e as empresas públicas. São empresas públicas as entidades públicas empresariais, E.P.E e as sociedades que revestem a forma comercial, mas que o Estado ou alguma entidade pública estadual exerce uma influência dominante através da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; ou do direito de designar ou destituir a maioria dos membros de Administração ou de fiscalização.

São Institutos públicos os serviços e fundos personalizados (denominados de fundações) do Estado ou das regiões autónomas quando dotados de personalidade jurídica. Neste sentido, estamos perante uma pessoa coletiva pública e de direito público, de base institucional, criadas pelo Estado ou por outro ente público de fins múltiplos para realizar tarefas de interesse público.

¹⁶¹ Cfr. art. 2º nº 1 da LQIP. Ao contrário do que se possa pensar, a criação de institutos públicos ou de fundações públicas, que realizam indiretamente os fins da entidade que as cria, não é criação exclusiva do Estado, integrando unicamente a Administração estadual indireta. Podendo existir Institutos públicos criados pelos governos regionais Madeira e Açores, que dependem destes e não do Estado. Neste sentido, “qualquer pessoa coletiva pública de fins múltiplos pode ter ... uma Administração indirecta, composta por entidades jurídicas criadas por devolução de poderes. Nestes casos, estamos igualmente perante institutos públicos, mas que não fazem parte da Administração estadual indirecta: farão parte, nomeadamente, da Administração regional indirecta”. FREITAS DO AMARAL, Diogo. Ob. cit. P. 363

¹⁶² Instituto público “é uma pessoa coletiva pública, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa coletiva pública”. vide FREITAS DO AMARAL, Diogo. ob. cit. P. 363

Refere-se que os institutos públicos são pessoas coletivas de tipo institucional, porque o seu substrato é uma instituição, ou seja, assentam sobre uma estrutura material e não sobre uma organização de pessoas, pois neste caso seria uma associação.

¹⁶³ A tutela traduz-se no poder de fiscalização que o Estado tem para averiguar a legalidade ou quando admitido o mérito da actuação de uma entidade pública. Tendo como fim a tutela administrativa exercida pela entidade tutelar, assegurar, que “a entidade tutelada cumpra as leis em vigor” (tutela de legalidade, como a que se exerce sobre as associações públicas e autarquias locais) e se a lei o permitir – “garantir que sejam adoptadas as soluções convenientes e oportunas para a prossecução do interesse público” (tutela de mérito, como sucede nos institutos públicos e empresas públicas, mas desde que esteja expressamente prevista na lei). FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo e OLIVEIRA, Fernanda Paula. In **Noções Fundamentais de direito administrativo**. Almedina, 2005. P.71. Podem existir ainda quando ao conteúdo a tutela inspectiva, integrativa, sancionatória, revogatória e substitutiva.

¹⁶⁴ Superintendência “é o poder conferido ao Estado (exercido pelo Governo) ... de definir os objectivos (fixar directivas e recomendações) e guiar a actuação (orientar) das pessoas coletivas públicas de fins singulares colocadas por lei na sua dependência (institutos públicos)”. FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo e OLIVEIRA, Fernanda Paula. ob. cit., p. 71 Coimbra:

¹⁶⁵ FAUSTO DE QUADROS. **Das fundações**. Polis. Verbo, p.624 *apud* BLANCO DE MORAIS, Carlos, ob. cit. P. 562

Apontando aqui a doutrina tradicional vários critérios que poderão indicar a presença de uma fundação de direito público: a) a natureza jurídica pública do ato de criação e do ente que a cria; b) a prossecução de fins públicos; c) a relação jurídica directa entre a fundação e o Estado ou outra pessoa coletiva pública de fins múltiplos.

Atualmente os dois primeiros critérios perdem parte da aplicação prática, ou seja, o primeiro perde na medida em que há fundações privadas, que são criadas por iniciativa pública ou por parcerias público - privadas e por ato público, através de decreto-lei, com um regime específico, constante do diploma legal que a cria estas fundações, e que são pessoas coletivas privadas, é o caso das fundações privadas com origem pública. O segundo critério, do fim público também perde, no sentido em que não permite apurar com certeza que se trata de uma fundação pública, dado que as fundações de direito privado e utilidade pública, também prosseguem fins que são públicos, coincidentes com os da Administração, sendo esta razão pela qual lhes é o reconhecimento do estatuto de utilidade pública. O que demonstra que o *“interesse colectivo que constitucionalmente é prosseguido pelo Estado – Colectividade é susceptível de partilha ou colaboração, em determinados termos, por parte de entes... regidos...por normas de direito privado”*¹⁶⁶. Sendo a prossecução do interesse público é um escopo não exclusivo das fundações públicas.

O terceiro critério da relação jurídica directa entre a fundação e o Estado ou outra pessoa coletiva pública é o critério que mais solidez apresenta. *“Trata-se da natureza exclusivamente pública da relação fundação, com a organização em que se enquadra, da qual decorre um controlo típico da segunda sobre a primeira, bem como a outorga ao ente fundacional, de poderes públicos de imperium sobre terceiros.”*¹⁶⁷

Na verdade, o poder de superintendência só pode ser exercido pelo Estado em entidades de natureza pública, pelo que a identificação deste critério permite determinar agora com certeza a natureza pública da fundação, critério que pode ser conjugado com os dois primeiros já apontados.

Pelo que atualmente, definir fundação pública, não é uma tarefa fácil, não sendo suficiente como vimos a adoção de um critério singular como: a natureza jurídica pública do ato de criação ou a natureza pública do ente que cria; ou o fim público; devendo haver uma

¹⁶⁶ BLANCO DE MORAIS, Carlos. In ob. cit. 563

¹⁶⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos. In ob. cit. P. 564

conjugação e adoção com o critério da relação jurídica directa entre a fundação e o Estado ou outra entidade pública.

Podendo, assim, as fundações públicas ser definidas como “ *todo o ente criado, em regra, por acto público pelo Estado ou por outro ente colectivo público, com competência para o efeito que lhe afecte uma massa de bens adequada ao desempenho autónomo, mas directivado de funções administrativas respeitantes às actividades desenvolvidas pela mesma*”.¹⁶⁸

As fundações públicas, fazem parte juntamente com os estabelecimentos públicos e dos serviços personalizados, do elenco das espécies de institutos públicos, conforme se comprova do art.º 3º da LQIP, “*consideram-se institutos públicos...Quer os serviços personalizados quer os fundos personalizados, também designados como fundações públicas, podem organizar-se em um ou mais estabelecimentos, como tal se designando as universalidades compostas por pessoal, bens, direitos e obrigações e posições contratuais do instituto afectos em determinado local à produção de bens ou à prestação de serviços no quadro das atribuições do instituto*” e como tal encontram-se abrangidas e submetidas pelo regime jurídico que regula os institutos públicos, a Lei - quadro dos Institutos Públicos¹⁶⁹ e subsidiariamente pela demais legislação aplicável às pessoas coletivas públicas, designadamente, o Código do Procedimento Administrativo; o regime jurídico da função pública; o regime da Administração financeira e patrimonial do Estado; o regime jurídico das empreitadas de obras públicas; o regime jurídico da contratação pública; o regime jurídico das incompatibilidades de cargos públicos; o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado; o contencioso administrativo, quando estejam em causa atos ou contratos administrativos; e por fim, o regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas (art.º 6º da LQIP).

De fora do regime jurídico que regula os institutos públicos ficam as Entidades Públicas Empresariais, as sociedades e as associações ou fundações criadas como pessoas coletivas de direito privado¹⁷⁰ pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais, estando, por isso, excluída a aplicação da LQIP, às fundações públicas de direito privado.¹⁷¹

¹⁶⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos. In ob. cit. P. 565

¹⁶⁹ Vide nota 159

¹⁷⁰ De notar que pessoa coletiva de direito privado, não é, como já referimos anteriormente, (atualmente) a mesma coisa que pessoa coletiva privada. A primeira refere-se ao regime jurídico pelo qual uma entidade se encontra sujeita, o que não impede que se trate de uma entidade pública, não estando aqui obrigatoriamente implícita uma entidade privada. Já a segunda qualificação refere que a entidade pertence ao setor privado, a sua

Esta exclusão, das fundações públicas de direito privado, do âmbito do regime jurídico que regula os institutos públicos, reflete-se não só na não aplicação deste regime, como também da demais legislação aplicável às pessoas coletivas públicas, a qual é aplicada subsidiariamente¹⁷², nomeadamente a sujeição a programas de controlo da contabilidade pública¹⁷³.

Por ora dedicamos - nos às fundações públicas de direito público, que como vimos são fundos personalizados, dotados de personalidade jurídica, (uma espécie de institutos públicos), criados pelo Estado ou por outra pessoa coletiva pública de fins múltiplos, com base num princípio de desconcentração personalizada, onde se dá uma *devolução de poderes* para estas entidades, que realizam interesses públicos específicos.

No entanto, a verificação destes pressupostos não é suficiente para que um instituto público possa assumir a designação de fundação pública, de *nomine* Fundação, I.P, sendo uma condição *sine qua non* “*ter parte considerável das receitas assente em rendimentos do seu património e dedicar-se a finalidades de interesse social*”¹⁷⁴, (art.º 51º nº 2 da LQIP).

Exemplo de uma fundação pública é a Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), criada pelo Decreto – Lei 144/96 de 26 de Agosto e pelo Decreto - Lei nº 188/97 de 28 de Julho, com um património constituído pela universalidade dos seus bens, direitos e obrigações¹⁷⁵, afectado para a promoção de programas/projectos na área da investigação científica e tecnológica; financiamento de acções de formação para investigadores; celebração de protocolos com instituições que dediquem a sua actividade à investigação científica ou

natureza é privatística, o que não significa é que esteja obrigatoriamente e exclusivamente submetida ao direito privado, está naturalmente sujeito a este, mas pode exceccionalmente estar submetida a regime de direito administrativo.

¹⁷¹ Art.3º nº3 e 4 da LQIP.

¹⁷² Cfr. art.º 6º da LQIP

¹⁷³ No caso das universidades públicas que sejam fundações públicas com regime de direito privado, estão excluídas da sujeição obrigatória ao Plano Oficial de Contabilidade Pública para o Setor da Educação, na medida em que não são institutos públicos e como pessoas coletivas privadas as suas receitas não provem maioritariamente do Orçamento de Estado. Como se constata do art.º 2º da portaria 794/2000 de 20 de setembro, que aprova o POC- Educação, onde refere que “*O POC - Educação é obrigatoriamente aplicável a todos os serviços e organismos do Ministério da Educação... às organizações de direito privado sem fins lucrativos cuja actividade principal seja a educação ou que dependam, directa ou indirectamente, das entidades referidas no número anterior, desde que disponham de receitas maioritariamente provenientes do Orçamento do Estado e ou dos orçamentos privativos destas entidades*”.

¹⁷⁴ FREITAS DO AMARAL, Diogo. ob. cit. P. 370

¹⁷⁵ Vide art.º 26º do Decreto-Lei n.º 188/97 de 28 de Julho.

tecnológica; concessão de subsídios para conferências, seminários, entre outros com interesse científico ou tecnológico e apoio financeiro a publicações científicas¹⁷⁶.

¹⁷⁶ *Vide* art.º 5º e 10º nº 3 do decreto -lei 144/96 de 26 de Agosto, algumas das atribuições da Fundação para a Ciência e Tecnologia.

3. Fundações privadas

Por fundações privadas *tout cour*, entende-se as entidades criadas por iniciativa privada, através de negócio jurídico, *inter vivos* ou *mortis causa*, que afectem um património de origem particular à realização de fins de interesse social, que por reconhecimento do Estado através de um ato público, obtém personalidade jurídica, regendo-se pelo direito privado.

Denominadas também como fundações de direito privado¹⁷⁷, são definidas como pessoas coletivas sem fins lucrativos que instituídas “*em regra por um negócio jurídico privado, afecte uma massa de bens a fins que pelo menos tenham relevância social, e cuja organização e funcionamento se pautem, primariamente, pelas normas de direito privado aplicáveis*”¹⁷⁸.

Existem, no entanto, algumas fundações privadas que têm uma origem pública, sendo criadas pelo Estado ou por ente público de fins múltiplos, através de um diploma legal, (que consagra um regime específico, que derroga o regime jurídico geral do código civil), com um património público, afetado à realização de fins sociais que justificam a sua criação e as integram na categoria das pessoas coletivas privadas – referimo-nos às fundações privadas origem pública, que desenvolveremos adiante num outro ponto.

E que são por regra também pessoas coletivas de utilidade pública¹⁷⁹, cujo estatuto de interesse público é conferido pela Administração logo no ato de constituição da fundação e

¹⁷⁷ Esta expressão é utilizada por BLANCO DE MORAIS, Carlos. ob. Cit. P.554 Durante muito tempo, usou-se esta expressão para se referir às fundações privadas, que eram as únicas que se regiam pelo direito privado. Actualmente, como podemos ver existem fundações públicas que se regem predominantemente pelo direito privado, o caso das fundações públicas com regime de direito privado. Pelo que utilizar esta expressão nos tempos modernos, seria no mínimo ambíguo, na medida em que fundações com um regime de direito privado, tanto podem ser as fundações privadas como as públicas. Pelo que devido à dissociação entre a origem e o direito aplicável, deixa de ser possível denominar uma dada entidade, pelo seu regime jurídico, que como vimos em nada traduz a natureza jurídica do ente. Neste sentido, sujeitas a um regime de direito privado, tanto podem estar além das típicas fundações privadas, as fundações públicas, tal como sujeitas a um regime de direito público tanto podem estar além das fundações públicas, algumas fundações privadas, o caso das fundações privadas e utilidade pública.

¹⁷⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos. ob. Cit. p. 567

¹⁷⁹ Por regra, integram a categoria de pessoas coletivas de mera utilidade pública, ou seja, trata-se de entidades que prosseguem fins de interesse geral, que não correspondem aos fins prosseguidos pelas instituições

que implica a sujeição parcial a um regime de direito administrativo¹⁸⁰, o que acarreta mais um desvio ao acima enunciado.

Além destas fundações privadas com origem pública poderem ser pessoas coletivas de utilidade pública, podem também ser reconhecidas como de utilidade pública, as fundações privadas *tout cour*, que desempenhando tarefas de interesse geral da comunidade, como a promoção da educação, da cultura, da ciência, do desporto, da protecção de crianças e jovens, de pessoas idosas, a protecção da saúde, a prevenção e controlo da doença, entre outras¹⁸¹; cooperam com a Administração central ou local, em termos em que esta lhe confere o estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública.

Dispondo o art.º 1º do regime jurídico das pessoas coletivas de utilidade pública, o Decreto – lei nº 460/77 de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto – lei nº 391/2007, de 13 de Dezembro, que as *«fundações que prossigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a Administração central ou a Administração local ... merecerem da parte desta Administração a declaração de utilidade pública»*.

Passando aqui estas fundações privadas *tout cour*, com a declaração de utilidade pública, a estarem sujeitas parcialmente a um regime de direito administrativo, o que constitui mais um desvio ao conceito de fundações privadas acima apresentado.

Encontrando-se sujeitas em parte a um regime de direito administrativo, gozam de poderes de autoridade que lhe são conferidos (para a prossecução dos fins de interesse geral a

de solidariedade social, nem com os fins prosseguidos pelas pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, plasmados no art.º 416º do Código Administrativo, cooperam com a Administração central ou local em termos que lhe permite o reconhecimento de utilidade pública.

¹⁸⁰ Constante do Decreto – lei 460/77 de 7 de novembro com a redação actual do decreto - lei nº 391/2007 de dezembro e demais legislação específica destas fundações.

¹⁸¹ Vide art.º 2º conjugado com o art.º 1º do já citado decreto – lei 391/2007 de 13 de dezembro, que alterou o decreto – lei 460/77 de 7 de novembro, para que as fundações e associações sejam pessoas coletivas de utilidade pública é necessário que sejam pessoas coletivas sem fins lucrativos, que prossigam fins de interesse geral, *“em áreas de relevo social tais como a promoção da cidadania e dos direitos humanos, a educação, a cultura, a ciência, o desporto, o associativismo jovem, a protecção de crianças, jovens, pessoas idosas, pessoas desfavorecidas, bem como de cidadãos com necessidades especiais, a protecção do consumidor, a protecção do meio ambiente e do património natural, o combate à discriminação baseada no género, raça, etnia, religião ou em qualquer outra forma de discriminação legalmente proibida, a erradicação da pobreza, a promoção da saúde ou do bem-estar físico, a protecção da saúde, a prevenção e controlo da doença, o empreendedorismo, a inovação e o desenvolvimento económico, a preservação do património cultural”* e cooperem com Administração central ou local.

Existindo outros requisitos cumulativos no art.º 2º do citado decreto – lei, para que estas entidades possam ser declaradas como pessoas coletivas de utilidade pública, que abordaremos mais tarde, em sede das Fundações de direito privado e utilidade pública.

que estão adstritas), bem como tem obrigação de observação de deveres especiais que lhe são impostos pela Administração (devido à realização de tarefas que são interesse público e a qualidade que assumem, estão obrigadas no âmbito da sua actividade a observar certos princípios e deveres, que a Administração impõe e controla) mas cujo exercício ou observação de tais deveres em momento algum lhes confere a possibilidade de integração nesta estrutura. Sujeitando-se apenas a colaborar ou substituir a Administração na realização de tarefas de interesse público, que a própria Administração reconhece e concede a qualidade de pessoas coletivas de utilidade pública.

Neste sentido, refere FREITAS DO AMARAL, que as pessoas coletivas privadas, que prossigam “*fins de interesse público, tem o dever de cooperar com a Administração pública e ficam sujeitas, em parte, a um regime especial de direito administrativo.*”¹⁸²

Encontrando-se estas entidades sujeitas a um regime misto, ou seja, regem a sua organização, funcionamento e actividade pelo direito privado, mas em certos pontos ficam sujeitas a um regime de direito administrativo, gozando de benefícios ou poderes que as demais pessoas coletivas privadas não gozam, bem como da observância de deveres que também estas não estão adstritas, e que apenas se justificam ou vinculam por se tratar de fundações privadas de utilidade pública.

Neste sentido, podemos concluir que fundações privadas de utilidade pública (com excepção das fundações privadas com origem pública que também são fundações privadas de utilidade pública), são autênticas fundações privadas *tout cour*, que para além de prosseguirem fins de interesse social, prosseguem fins que de interesse geral da comunidade, cooperam com a Administração em termos em que merecem da parte desta o reconhecimento de utilidade pública.

Já quanto às fundações privadas com origem pública podemos concluir que se trata de fundações privadas, mas com uma origem pública ou público-privada, com um substrato público ou misto (pertencente a entidades públicas e privadas), criadas por ato público para a prossecução de fins sociais que em regra são de interesse geral, para cooperarem ou colaborarem com a Administração na realização de tarefas que são também de interesse público e que a própria Administração reconhece, em regra, logo no ato de constituição, o seu estatuto de utilidade pública.

¹⁸² FREITAS DO AMARAL, Diogo. Ob. cit. p. 716

Constituindo estas duas espécies de fundações privadas pelas suas características e pelo regime jurídico a que estão sujeitas, dois desvios às fundações privadas *tout cour*, mas que em momento algum as afastam desta categoria privatística, apenas a excepcionam.

No entanto, não é sobre as (exceções) que importa ora debruçar, o qual faremos adiante, mas antes sobre as fundações privadas *tout cour*, aquelas que são instituídas nos termos do código civil, por negócio jurídico, *inter vivos* (através de escritura pública) ou *mortis causa* (por testamento)¹⁸³, por particulares que afectam uma massa de bens (um património) de forma duradoura à realização de fins sociais, que por reconhecimento do Estado, através de um ato público, obtém personalidade jurídica¹⁸⁴, tornando-se, assim, verdadeiros sujeitos de relações jurídicas, titulares de direitos e obrigações.

O que significa que instituída uma fundação privada, por negócio jurídico (que será sempre unilateral¹⁸⁵), por ato *inter vivos ou mortis causa*, só com o reconhecimento pelo Estado, por ato público, da sua qualidade de ente fundacional de interesse social e da suficiência dos bens para a persecução daqueles, é que esta adquire personalidade jurídica¹⁸⁶.

Assim, é pelo ato de “*reconhecimento que se completa a formação da pessoa coletiva, a qual se converte de mera entidade social em sujeito de direito, passando a existir como centro autónomo de relações jurídicas*”.¹⁸⁷

Existindo dois momentos na formação de uma fundação privada *tout cour*: o primeiro, o da instituição – que só acontece, se analisado o substrato da fundação, este reunir os quatro elementos essenciais, (i) o *animus personificandi*, isto é, a vontade do instituidor de criar uma nova pessoa jurídica para prosseguir os fins visados; (ii) o elemento patrimonial, a afetação de bens à realização de fins sociais, é por isso condição *sine qua non* que exista um património

¹⁸³ Cfr. Art. 185º do cc.

¹⁸⁴ Cfr. Art. 158º nº 2 do cc.

¹⁸⁵ Havendo uma única declaração de vontade- a do instituidor, ou várias – se forem vários os instituidores, mas paralelas, num único sentido. Existindo aqui (e por isso é um negócio jurídico unilateral o ato de instituição de uma fundação seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*) uma única parte, uma única declaração. Mesmo que exista mais de que um instituidor, não deixamos de estar perante um negócio jurídico unilateral, porque apesar de haver duas ou mais declarações ou duas ou mais partes, encontram-se no mesmo sentido, paralelas como se fosse uma só, havendo uma única vontade- a instituição de uma fundação. Já nos negócios jurídicos bilaterais ou Contratos, temos pelo menos duas partes, que estão em lados diferentes, que emitem duas declarações de vontade, tendentes à produção de um determinado efeito jurídico. Podendo haver consoante o contrato, sinalagma ou não. Definindo-se contrato como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, composto por duas ou mais partes, que por acordo de vontades direccionam à produção de um determinado efeito jurídico.

¹⁸⁶ Constituindo motivos de recusa de reconhecimento pelo Estado, a ausência de interesse social nos fins prosseguidos, bem como a falta de suficiência de bens para a persecução dos fins que visa alcançar (art.º 188º do cc).

¹⁸⁷ CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. cit. P. 34

no momento da instituição da fundação e que esteja afetado à realização desses mesmos fins; (iii) o elemento teleológico¹⁸⁸, o fim que é o interesse pelo qual a fundação é criada, para prossecução de um determinado fim, que terá que ser colectivo, possível e perdurável; (iiii) o elemento organizatório, que se traduz na organização da fundação, na designação de órgãos (v.g obrigatoriedade de um órgão colegial de Administração e um conselho fiscal¹⁸⁹) que prosseguem os fins da fundação e não do fundador, ficando a sua vontade “*cristalizada no acto da instituição e nos estatutos*”^{190, 191}. Traduzindo –se o ato de instituição na “*manifestação de vontade pela qual o instituidor afecta um património à realização de um certo fim duradouro*”¹⁹². Podendo esta manifestação de vontade ser realizada por *acto inter vivos*, através de escritura pública – formalismo essencial, cuja falta de observação implica a nulidade da declaração negocial, nos termos do art. 185º n.º 3 conjugado com o art. 220º do código civil¹⁹³. De onde resulta a declaração de vontade do instituidor ou dos instituidores na afectação de um património à realização de determinados fins sociais. Trata-se de um negócio jurídico unilateral gratuito, havendo apenas uma declaração de vontade do instituidor ou várias se forem vários os instituidores, mas em sentido paralelo, como se só de uma se tratasse, fazendo com que exista no ato de instituição uma única declaração de vontade. Uma outra forma, de instituição é por ato *mortis causa*, por testamento, pelo qual o testador afecta um conjunto de bens à realização de determinados fins, operando como aceitação dos bens o ato de reconhecimento, nos termos do art.º 185º n.º 1 do cc. Cabendo o pedido de reconhecimento pelos herdeiros ou pelos executores testamentários (art.º 185º n.º 3 do cc).

Num segundo momento de formação da fundação, temos o reconhecimento, pelo Estado, através de um ato público, do fim social que a fundação prossegue bem como da

¹⁸⁸ A propósito do elemento teleológico, refere o parecer do conselho consultivo da Procuradoria-Geral da República, nºP000131995, que “o *“fim”*... constitui o interesse em função do qual a pessoa coletiva existe e é reconhecida, representando o escopo que se visa atingir através da sua actividade e devendo revestir determinadas características, para ser juridicamente atendido: deve ser determinado, comum ou colectivo, lícito, possível e duradouro; De acordo com o princípio da especialidade (do fim), que encontra expressão no disposto pelo artigo 160 do Código Civil, a actividade jurídica das pessoas coletivas não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes está assinalado, pelo que só para a satisfação dos interesses que constituem fins ou atribuições do ente jurídico podem ser exercitados direitos e contraídas obrigações”.

¹⁸⁹ Cfr. art.º 162 do CC

¹⁹⁰ CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. cit. P. 32

¹⁹¹ A exigência destes elementos no ato de instituição de uma fundação privada encontra-se desde logo no art. 186º do cc, ao referir que “no acto de instituição deve o instituidor indicar o fim da fundação e especificar os bens que lhe são destinados...providenciar ainda sobre a sede, organização e funcionamento da fundação,...”

¹⁹² CAETANO, Marcello, “das fundações – subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa”, edições Ática, 1961 *apud* CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. Cit. p. 30

¹⁹³ Adiante designado por CC

suficiência dos bens afetados para a persecução dos mesmos, adquirindo com este ato, a fundação personalidade jurídica (art.º 158º e 188º do cc).

Neste sentido, a suficiência do *“Património e fim de interesse social são os dois aspectos a considerar em sede de reconhecimento da fundação e encontram-se estritamente relacionados”*.¹⁹⁴

Pelo que só temos pessoa coletiva quando a fundação adquire personalidade jurídica, e esta dá-se pelo ato de reconhecimento¹⁹⁵, o qual é individual e da competência da autoridade administrativa, nos termos do art.º 158º n.º 2 do cc, (reconhecimento por concessão)¹⁹⁶. Verificando aqui a autoridade competente se a fundação em avaliação reúne os dois elementos acima apontados: o fim ou escopo de interesse social e a suficiência dos bens para realizar os mesmos, para que possa ser feito o reconhecimento, o qual realizado é publicado em diário da república¹⁹⁷.

A competência para o reconhecimento de fundações cabe hoje ao Primeiro-Ministro, nos termos do n.º 7 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de Julho, com a faculdade de delegação, tendo sido delegada no Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros.¹⁹⁸

No entanto, existem algumas excepções, tendo sido atribuída esta competência a alguns ministérios, consoante os fins prosseguidos pelas fundações.

Assim, tem um regime específico de reconhecimento:

- As fundações de solidariedade social, que pelo decreto-lei nº 119/83 de 25 de Fevereiro, foi atribuída esta competência ao Ministério da Tutela, que conforme a área de actuação pode caber ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social ou ao Ministério da Educação.
- As fundações que visem a criação de estabelecimentos de ensino superior, pela Lei nº 62/2007 de 10 de Setembro, foi atribuída esta competência ao Ministério

¹⁹⁴ CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. Cit. p. 42

¹⁹⁵ Apenas a Dinamarca, Suécia e Holanda permitem que se constituam fundações sem o reconhecimento do Estado.

¹⁹⁶ O reconhecimento pode ser normativo ou por concessão. No ordenamento jurídico interno, apenas se admite o reconhecimento por concessão, que se verifica através de um *“ato individual e discricionário da autoridade pública competente....aprecia, caso a caso e decide segundo critérios de legalidade e de oportunidade, pela atribuição, ou não, da personalidade jurídica.”* vide CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. cit. P. 35

¹⁹⁷ Adiante designado por DR

¹⁹⁸ Em tempos esta competência pertencia ao Ministro da Presidência, com a faculdade de delegação – cfr. art.º 2º do Decreto-Lei n.º 284/2007 de 17 de Agosto.

da Ciência e Tecnologia.

Independentemente das especificidades do processo de reconhecimento de uma fundação privada, certo é que só são reconhecidas as fundações privadas que visem fins de interesse social, não sendo admitidas no nosso ordenamento jurídico interno bem como em outros países romano – germânicos¹⁹⁹, a constituição de fundações que visem interesses privados, como as fundações de família, “*fundações instituídas em benefício do fundador ou da sua família.*”²⁰⁰”

O instituto da fundação, a essência desta, consiste como vimos anteriormente na afectação de um conjunto de bens à realização de fins duradouros, de interesse colectivo, que servem a comunidade, que interessam à sociedade, por isso, não podem ser criadas fundações que visem interesses particulares, tal admissibilidade desvirtuaria a própria essência da fundação, de forma desinteressada, prosseguir fins que podem ser de interesse social ou público.

Assim, só é admitido a constituição de fundações privadas que tenham um fim ou escopo de interesse social, tal exigência decorre como vimos além da própria lei (art.º 157º e 188º do cc²⁰¹) da própria essência da fundação, que influenciada pela tradição romano - germânica, impõe que só possam haver fundações privadas que prossigam fins sociais, o que implica que tal exigência não se verifica somente no momento do reconhecimento mas também ao longo da sua existência.

O que significa que deixando um fim de ser de interesse da social, é transformado pela autoridade competente para o reconhecimento, depois de ouvida a Administração e também o fundador, se for vivo, para outro fim que seja de interesse social, salvo se o ato de instituição

¹⁹⁹ Como é o caso da França e Espanha, em que é uma fundação só pode ser instituída se prosseguir fins de interesse social. No caso italiano além do fim social é também preciso que haja uma necessidade da coletividade que justifique a criação da fundação. Havendo uma forte limitação na liberdade de criação e organização interna das fundações privadas e um controlo estadual das mesmas, para evitar o desvirtuamento dos fins a que estão adstritas, tendo este regime sido qualificado por parte da doutrina italiana como essencialmente rígido e fundamentalmente público. Mas mais rígido é o ordenamento jurídico francês em que as fundações são instituídas para prosseguir fins de interesse social, são controladas pelo próprio Estado, havendo como uma simples doação modal à Administração. A vontade privada manifesta-se unicamente na fase da sua constituição, remetendo toda a sua actividade e fins ao controlo administrativo que é bastante incisivo e demonstrativo. No entanto, há países do sistema romano – germânico que permitem que haja fundações de interesse particular como o caso das fundações de família. V. G. a Áustria, Finlândia, Suécia, Dinamarca e Alemanha.

²⁰⁰ CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. Cit. p. 35

²⁰¹ Refere o art.º 188º nº1 do cc que “ não será reconhecida a fundação cujo fim não for considerado de interesse social pela entidade competente”.

tiver estipulado a extinção da fundação quando este deixe de verificar-se (art.º 190º nº1 al.b) do cc).

O interesse social é assim o fim da fundação e o património o meio para o realizar, sem o qual não é possível a realização deste, nem a constituição da fundação, tratando-se, por isso, de dois elementos essenciais, que aparecem nos dois momentos da formação da fundação, no ato de instituição e no reconhecimento.

Podendo entender-se como fins de interesse social, que servem e interessam à sociedade fins culturais, educativos, ambientais, de solidariedade social e assistência entre outros. Havendo “*um claro alargamento do conceito de interesse social, que corresponde ao aparecimento de novas necessidades sociais cuja satisfação é reclamada pelos cidadãos*”²⁰².

Exemplo de uma fundação privada *tout cour* é a Fundação Luís Figo, instituída por escritura pública em 13 de Março de 2003, reconhecida pela autoridade competente em 28 de Fevereiro de 2005, publicada em diário da república na II Série em 22 de Março de 2005, visa a promoção e desenvolvimento de um conjunto de projectos que abrangem diversas áreas como o Desporto, a Educação, a Saúde e a Ação Social²⁰³.

²⁰² CASAL BAPTISTA, Cristina Paula. Ob. Cit. p. 36

²⁰³ Vide <http://www.fundacaoluisfigo.pt>

4.Fundações privadas com origem pública

As “*fundações privadas de origem pública ou fundações de origem pública e de direito privado*”²⁰⁴, também denominadas por “*fundações privadas de iniciativa pública*”²⁰⁵ são entidades privadas, constituídas e regidas nos termos do direito privado, por entidades públicas ou por entidades públicas e privadas, com património exclusivo ou maioritariamente público.

Estas fundações privadas distinguem-se das fundações privadas *tout cour* pela sua origem e património público.

São constituídas em regra nos termos do código civil, por ato *inter vivos*, através de escritura pública, por entidades públicas ou além destas por entidades privadas, com património exclusivo ou maioritariamente público – assim sucede com as fundações municipais²⁰⁶.

No entanto, existem fundações privadas com origem pública que não são constituídas nos termos gerais das fundações privadas, mas “*por diplomas legais que constituem lei especial criadora de um regime singular que prevalece sob o regime geral no respeito pelo princípio da especialidade*”²⁰⁷ – as fundações privadas criadas pelo Estado são em regra instituídas por diploma legal que derroga o regime geral do código civil.

Quanto a estas últimas, dúvidas não há de que se trata de entidades privadas, apesar de terem uma origem e património públicos, são pessoas coletivas privadas criadas por entidades públicas, para a prossecução de fins de interesse social e de interesse geral da comunidade e

²⁰⁴ Expressões utilizadas por Cristina Paula CASAL BAPTISTA, in ob. cit. p.25

²⁰⁵ José Carlos VIEIRA DE ANDRADE E João PACHECO DE AMORIM. in *As fundações municipais. Algumas considerações em torno do seu regime de constituição e reconhecimento*. Parecer não publicado.p.1

²⁰⁶ A criação de fundações municipais está prevista na lei das autarquias locais, Lei 169/99 de 18 de Setembro, alterada sucessivamente, com ultima alteração pela lei n.º 1/2011, de 30/11. Competindo à assembleia municipal a aprovação da proposta da câmara municipal para a criação da fundação, nos termos do art.º 53º n.º2 al. 1) da lei das autarquias locais.

²⁰⁷ Cristina Paula CASAL BAPTISTA. In ob. cit. P. 25

por isso, são logo no ato de instituição reconhecidas como pessoas colectivas privadas de utilidade públicas, mais concretamente fundações privadas de utilidade pública.

O próprio diploma refere que são fundações instituídas por iniciativa pública, por vezes em conjunto com entidades privadas, com património público e privado para a realização de fins que para além de serem de interesse social e são de interesse geral, reconhecendo-as automaticamente como pessoas colectivas de utilidade pública.

Integrando, as fundações privadas com origem pública, a categoria de pessoas coletivas de mera utilidade pública, na medida em que se trata de entidades criadas por iniciativa pública (e por isso, logo excluídas das instituições particulares de interesse público e das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, que têm como requisito obrigatório serem constituídas por iniciativa particular) para a prossecução de fins de interesse geral, que não correspondem aos fins prosseguidos pelas instituições particulares de interesse público e pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, cooperam com a Administração, em termos em que merecem desta o reconhecimento de pessoa coletiva de utilidade pública.

Como refere FREITAS DO AMARAL “*as pessoas colectivas de mera utilidade pública compreendem todas as pessoas colectivas de utilidade pública que não sejam instituições particulares de solidariedade social nem pessoas colectivas de utilidade pública administrativa – o conteúdo destas determina-se ...por exclusão de partes*”²⁰⁸.

Neste sentido, podemos constatar que as fundações privadas com origem pública pelos fins que prosseguem são, em regra, reconhecidas logo no ato de instituição como fundações de direito privado e utilidade pública, integrando por isso a categoria de pessoas coletivas de mera utilidade pública.

Exemplo de uma fundação privada com origem pública e de utilidade pública é a Fundação Luso - Americana para o Desenvolvimento, criada pelo Decreto-Lei n.º 168/85 de 20 de Maio “*nasce da decisão do Estado de criar uma instituição de direito privado que de forma perene, flexível e autónoma, promova as relações entre Portugal e os Estados Unidos, visando, com este intercâmbio, o desenvolvimento económico, social e cultural portugueses. O seu património inicial constituiu-se através de transferências monetárias feitas pelo Estado*

²⁰⁸ Diogo FREITAS DO AMARAL, ob. cit. p. 737

Português, e provenientes do Acordo de Cooperação e Defesa entre Portugal e os EUA (1983)”.²⁰⁹

Outro exemplo de uma fundação privada com origem pública e de utilidade pública é a Fundação Casa da Música (cujo edifício foi construído no âmbito das comemorações do Porto 2001 capital europeia da cultura), foi instituída pelo Estado Português e pelo município do Porto, é uma instituição de direito privado e utilidade pública, foi criada pelo Decreto-Lei nº 18/2006 de 26 de janeiro.

Exemplo também de uma fundação privada com origem pública e de utilidade pública é a Fundação Mata do Buçaco, situada no conselho Mealhada, foi instituída pelo Estado, pelo Decreto-Lei nº 120/2009 de 19 de maio e a Fundação Cidade de Guimarães, criada pelo Decreto – Lei nº 202/2009 de 28 de agosto, cidade que vai ser a capital europeia da cultura em 2012.

Exemplo de uma fundação privada com origem pública e também privada e de utilidade pública – é a Fundação Serralves, criada pelo Decreto - Lei nº 240-A/89 de 27 de julho, na sua origem encontra-se o Estado e outras entidades públicas a que se juntam entidades e personalidades particulares. Parte do património é adquirido pelo Estado e entregue à fundação, para a realização de fins artísticos e culturais. Existe uma parceria entre o Estado e entidades privadas para a realização de fins que são afinal não só de interesse social mas também de interesse público. No preâmbulo do referido Decreto – Lei refere-se que “*a forma institucional mais adequada à criação desta entidade é a de uma fundação, constituída por uma participação significativa de capital privado, associada à presença do Estado, que assegurará uma parte convencionada dos seus custos fixos de manutenção*”. Referindo o art.º 1º nº 2 que a “*Fundação é instituída pelo Estado e pelas pessoas singulares e colectivas, enumeradas no art.º 35 dos estatutos.*”

Outro exemplo de fundações privadas com uma iniciativa pública e privada e de utilidade pública é a Fundação Paula Rego, criada pelo decreto – lei nº 213/2009 de 4 de Setembro, onde refere que a fundação é uma pessoa coletiva de direito privado e de utilidade pública, constituída pela Paula Rego, pelo Estado Português, pelo Município de Cascais e por John Erle-Drax; a Fundação Martins Sarmiento, criada pelo Decreto-Lei nº 24/2008 de 8 de

²⁰⁹ In <http://www.flad.pt>

fevereiro, tem como fundadores o Estado, a Sociedade Martins Sarmento, o município de Guimarães e a Universidade do Minho; por último temos a Fundação para a Protecção e Gestão Ambiental das Salinas do Samouco, criada pelo decreto-lei 306/2000 de 28 de novembro, alterado pelo decreto – lei nº 36/2009 de 10 de fevereiro, tendo como instituidores o Estado, através dos Ministros do Equipamento Social, do Ambiente e do Ordenamento do Território, da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas e da Ciência e da Tecnologia, a LUSOPONTE, o Oceanário de Lisboa e o Instituto da Conservação da Natureza.

Quanto às fundações municipais, a situação é bem mais difícil, na medida em que estas não são instituídas por diploma legal, e por isso, não há uma qualificação legal acerca da sua natureza, nem são reconhecidas logo como de utilidade pública, são constituídas nos termos do código civil, o que pode suscitar dúvidas quanto à sua natureza, devido à influência e controlo que os municípios assumem sobre estas.

No nosso entender, as fundações municipais parecem ser pessoas colectivas privadas, na medida em que são instituídas nos termos do código civil, por escritura pública; reconhecidas por ato individual da autoridade administrativa competente; regem-se pelo direito privado; em princípio não estão dotadas de poderes de autoridade, prosseguem fins de interesse social (apesar de também terem de ser de interesse público local²¹⁰).

Obviamente que cada caso será um caso, que na ausência de qualificação legal, terá de ser analisado de acordo com estes critérios: “*a forma ou modo de criação, as atribuições ou finalidades a prosseguir, a titularidade de poderes de autoridade*”²¹¹, que terão de ser ponderados, de forma a que se possa qualificar a fundação como pública ou privada.

Exemplo de uma fundação municipal, considerada de natureza privada²¹², é a Portogaia, instituída em 3 de dezembro de 1999, por escritura pública, teve como instituidores o município de Vila Nova de Gaia (entre outros entes públicos...) e entidades privadas (União

²¹⁰ Esta exigência decorre da obrigação imposta aos municípios de que as empresas criadas por este sob a forma privada visem a prossecução de fins de interesse público local, art.º 53º nº 2 al. m) do RSEL. Por maioria de razão também no caso das fundações municipais tal exigência deve ser observada.

²¹¹ José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, in *A Legalidade do Procedimento de Construção do “Centro de Treino e Formação Desportiva” e da Constituição da Fundação Portogaia*. Parecer elaborado a solicitação da Camara Municipal de Vila Nova de Gaia. Coimbra. Janeiro de 2006. p. 12

²¹² Parecer de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, “A Legalidade do Procedimento de Construção...”. Considera que a fundação Portogaia é “*com segurança...uma fundação de direito privado*”.

de Clubes de Gaia, entre outras entidades...), para promover actividades desportivas, adquiriu personalidade jurídica, pelo ato de reconhecimento em 4 de abril de 2000.

5. Fundações privadas e utilidade pública

Denominadas também como fundações de direito privado e utilidade pública²¹³, definem-se como fundações privadas, que para além de prosseguirem fins de interesse social, prosseguem fins de interesse geral da comunidade, cooperam com a Administração central ou local em termos em que merecem da parte desta a declaração de pessoas coletivas de utilidade pública.

Podendo assumir esta qualificação tanto as fundações privadas *tout cour* como as fundações privadas com origem pública, sendo ambas pessoas coletivas privadas de base fundacional, sem fins lucrativos, prosseguem fins de interesse social e se também de interesse geral da comunidade nacional ou regional, cooperarem com a Administração, merecem da parte desta a declaração de utilidade pública.

Dispõe o art.º 1º do regime jurídico das pessoas coletivas de utilidade pública, o Decreto – lei nº 460/77 de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto – lei nº 391/2007, de 13 de Dezembro²¹⁴, que são pessoas coletivas de utilidade pública as «*associações e fundações que prossigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a Administração central ou a Administração local, em termos de merecerem da parte desta Administração a declaração de utilidade pública*».

Resultando da definição legal apresentada que uma pessoa coletiva de utilidade pública é:

- a) Uma pessoa coletiva privada, sem fins lucrativos, de base associativa ou fundacional;
- b) prossegue fins de interesse geral da comunidade nacional ou regional;
- c) coopera com a Administração na prossecução desses fins que são de interesse geral da comunidade;
- d) obtém da Administração a declaração de utilidade pública.

²¹³ LUCAS PIRES, Miguel. In ob. cit. P.1

²¹⁴ Adiante designado por RGPCUP

No entanto, para que a Administração reconheça a utilidade pública de uma associação ou no nosso caso de uma fundação é necessário, que para além de prosseguir fins de interesse geral da comunidade e cooperar com Administração, reúna mais cinco requisitos que constam do artigo 2º do regime jurídico das pessoas coletivas de utilidade pública:

1. Desenvolva, *“sem fins lucrativos, a sua intervenção em favor da comunidade em áreas de relevo social tais como a promoção da cidadania e dos direitos humanos, a educação, a cultura, a ciência, o desporto, o associativismo jovem, a protecção de crianças, jovens, pessoas idosas, pessoas desfavorecidas, bem como de cidadãos com necessidades especiais, a protecção do consumidor, a protecção do meio ambiente e do património natural, o combate à discriminação baseada no género, raça, etnia, religião ou em qualquer outra forma de discriminação legalmente proibida, a erradicação da pobreza, a promoção da saúde ou do bem-estar físico, a protecção da saúde, a prevenção e controlo da doença, o empreendedorismo, a inovação e o desenvolvimento económico, a preservação do património cultural”* (art.º 2º n.º1 al. a));
2. Esteja regularmente constituída- (art.º 2º n.º1 al. b));
3. Não desenvolva *“a título principal, actividades económicas em concorrência com outras entidades que não possam beneficiar do estatuto de utilidade pública”*- (art.º 2º n.º1 al. c));
4. Possua recursos humanos e materiais necessários ao cumprimento dos objectivos estatutários - art.º 2º n.º1 al. e);
5. Não exerça a sua actividade, de forma exclusiva, em benefício de interesses privados dos associados ou dos fundadores.- art.º 2º n.º1 al. f)).

Assim, só as fundações privadas, constituídas devidamente, que prossigam além de fins de interesse social, fins de interesse geral da comunidade, cooperem com a Administração na persecução destes fins, é que podem obter a declaração de pessoas coletivas de utilidade pública, tornando-se, assim, em fundações privadas de utilidade pública.

Gozando as fundações privadas de utilidade pública de regalias e prerrogativas de poder público (v.g expropriar) que as demais fundações privadas de interesse particular (fundações que prosseguem fins interesse social que não são de interesse geral ou que prosseguem fins de interesse geral mas não cooperam com a Administração) não usufruem e que advém da sua

utilidade pública, a qual é reconhecida pela Administração através da declaração de pessoa coletiva de utilidade pública, a qual é publicada na 2ª série do diário da república.

Sendo a declaração de utilidade pública da competência do Primeiro-Ministro, tendo sido delegada no Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros.

As pessoas coletivas de utilidade pública (que são de base associativa ou fundacional) integram em conjunto com as sociedades de interesse coletivo (empresas) as denominadas instituições particulares de interesse público.²¹⁵

Trata-se de entidades privadas que colaboram, participam com a Administração na realização de tarefas de interesse público e por isso são instituições particulares de interesse público, encontrando –se sujeitas parcialmente ao direito administrativo.

No entanto, como refere FREITAS DO AMARAL “ *a sujeição das instituições particulares de interesse público às malhas da regulamentação administrativa não as transforma em elementos integrados na Administração pública: o fenómeno não é, a nosso ver, um modo de inserção orgânica de entidades privadas no setor público, mas um modo de descentralização funcional do setor público, por transferência de poderes próprios deste para a órbita do setor privado, ou por autorização da concorrência dos particulares com a Administração no desenvolvimento de certas tarefas comuns* ”²¹⁶.

O que se verifica aqui entre as instituições particulares de interesse público e a Administração é uma cooperação na realização de tarefas de interesse público, há um “*exercício simultâneo*”²¹⁷ da mesma tarefa por entidades privadas e pela Administração, que a Administração reconhece, concedendo –lhes benefícios e regalias como também lhe impõe deveres, em prol da salvaguarda do interesse público.

Estas instituições particulares de interesse público dividem-se em duas categorias: sociedades de interesse coletivo e pessoas coletivas de utilidade pública: dentro desta existem três espécies, consoante os fins que a associação ou a fundação prosseguem, podem ser:

²¹⁵ As Instituições Particulares de Interesse Público são “ *pessoas coletivas privadas que, por prosseguirem fins de interesse público, tem o dever de cooperar com a Administração pública e ficam sujeitas, em parte, a um regime especial de direito administrativo*”. FREITAS DO AMARAL. Ob. Cit. P. 716

²¹⁶ FREITAS DO AMARAL. Ob. Cit. p.718

²¹⁷ *Ibid*, p. 717

1. Pessoas coletivas de mera utilidade pública;
2. Instituições particulares de solidariedade social;
3. Pessoas coletivas de utilidade pública administrativa.

Na primeira hipótese, e reportando – nos somente às fundações, objecto do nosso estudo, estas podem ser pessoas coletivas de mera utilidade pública quando prossigam fins de interesse geral que não correspondam aos fins prosseguidos pelas instituições de solidariedade social nem aos fins prosseguidos pelas pessoas coletivas de utilidade pública administrativa. “O conteúdo desta categoria determina-se por exclusão de partes”.²¹⁸

Uma grande parte das fundações privadas de utilidade pública são pessoas coletivas de mera utilidade pública, prosseguem fins de interesse geral que não coincidem com os fins das instituições de solidariedade social nem com os fins das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, colaboram com a Administração na persecução desses fins, que “*não interferem com as funções assumidas pela administração, embora esta os veja com bons olhos, limitando-se a acompanhar as actividades privadas correspondentes*”²¹⁹.

Por isso, a intervenção da Administração na actividade desenvolvida pelas pessoas coletivas de mera utilidade pública, é mínima, limitando-se a controlar se os fins de interesse geral que estas visam prosseguir estão a ser cumpridos, não havendo um desvirtuamento dos fins a que se compromete, nem um abuso da qualidade que lhe é atribuída para a persecução desses fins e não para fins de carácter económico, o qual apenas se admite a título secundário, não podendo em momento algum usar tal categoria para diminuir a concorrência de outras entidades particular de interesse particular.

O qual consta do regime geral das pessoas coletivas de utilidade pública, do já citado Decreto – lei nº 460/77 de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto – lei nº 391/2007, de 13 de Dezembro, do art.º 12º que impõe a estas entidades nomeadamente: a elaboração de um relatório anual de actividades e contas relativas ao ano anterior a enviar à secretaria – geral da presidência do conselho de ministros (art.12º nº 1)); comunicar a esta entidade qualquer alteração dos estatutos (art.12º nº 1c)); bem como um dever de prestar informações a entidades oficiais (art.12º nº 1b)).

²¹⁸ FREITAS DO AMARAL. Ob. Cit. P.737

²¹⁹ *Ibid.*, p. 738

Devendo também, caso desenvolva para além das actividades de interesse geral, a título secundário, outras actividades nomeadamente de natureza económica, como referimos *supra*, “*Abster -se de fazer uso do seu estatuto de utilidade pública para exercer actividades susceptíveis de reduzir a capacidade competitiva dos demais agentes económicos; Assegurar que, nos documentos de prestação de contas a remeter à Secretaria -Geral da Presidência do Conselho de Ministros e sempre que tal se aplique, se encontrem devidamente autonomizados os custos e receitas relativos às actividades que não podem ser abrangidas pelos benefícios que o estatuto de utilidade pública comporta sem que se verifique a violação das regras da concorrência*” (art.º 12º nº 2 al. a e b) do citado diploma legal).

As fundações privadas de utilidade pública que sejam pessoas coletivas de mera utilidade pública, como vimos, prosseguem fins de interesse geral da comunidade nacional ou regional, e por isso, estão sujeitas parcialmente a um regime de direito administrativo.

Como há pouco podemos ver todas as instituições privadas de interesse público estão sujeitas em parte a um regime de direito administrativo, por prosseguirem fins de interesse público, ficam sujeitas em alguns aspectos a este regime jurídico próprio da administração, mas não exclusivo, que se aplica também a estas como a outras entidades privadas que de algum modo exerçam funções²²⁰ ou sejam de interesse público (art.º 2º nº3 e 4 do CPA).

Assim, as pessoas coletivas de mera utilidade pública tal como as outras duas espécies estão sujeitas parcialmente a um regime de direito administrativo, que consta do já citado diploma legal do regime geral das pessoas coletivas, nomeadamente:

- Gozam das isenções fiscais que estão previstas nas leis tributárias (art.º 9º RGPCUP);
- Beneficiam da isenção das taxas de televisão e rádio (artº.10º al. a) RGPCUP);
- Beneficiam também da isenção das taxas previstas na legislação sobre espectáculos e divertimentos públicos (artº.10º al.e) RGPCUP);
- Beneficiam de tarifas reduzidas no consumo de energia eléctrica- aplicando-se a tarifa referente aos consumos domésticos da energia eléctrica (art.º 10º al. b RGPCUP);

²²⁰ O caso das entidades privadas que exercem funções públicas, como acontece com os concessionários ou com as entidades administrativas privadas, que se regem pelo direito administrativo, quando a sua actuação externa se encontra submetida a normas jurídicas que a elas se dirigem na qualidade de membros da Administração (seja por via institucional ou por via funcional), para lhes delegar poderes públicos de autoridade ou para lhe impor deveres especiais.

- Beneficiam da publicação gratuita no DR quanto às alterações dos estatutos (art.º 10º al. f RGPCUP);

- Podem requerer a expropriação urgente por utilidade pública sempre que for necessário para a prossecução dos seus fins (art.º 11º RGPCUP);

- Tem que elaborar e enviar anualmente um relatório à secretaria - geral da presidência do conselho de ministros sobre as actividades e contas do exercício relativas ao ano anterior bem como prestar informações a entidades oficiais (art.º 12º RGPCUP);

Em Portugal existe uma base de dados²²¹ onde constam todas pessoas coletivas de utilidade pública, prevista no decreto-lei 391/2007 de 13 de Dezembro, que alterou o decreto-lei 460/77 de 7 de Novembro, da responsabilidade da Secretaria - Geral da Presidência do Conselho de Ministros, podendo actualmente estimar-se, que existem cerca de 50 fundações privadas de utilidade pública que sejam pessoas coletivas de mera utilidade pública.

A declaração de utilidade nas fundações que pelos fins que prosseguem se enquadrem dentro da pessoas coletivas de mera utilidade pública só pode ser obtida ao fim de três anos de efectivo funcionamento, podendo este prazo ser dispensado quando a fundação ou no caso de uma associação, desenvolva uma actividade de âmbito nacional e evidencie, tendo em vista os fins que prossegue, “*manifesta relevância social*” – (art.º 4º n.º 2 e 3 do RGPCUP).

No caso das fundações privadas de origem pública, por regra, a declaração de utilidade pública ocorre logo no ato da instituição, que como vimos, verifica-se por diploma legal, contrariando o regime geral do código civil, por escritura pública. Dando – se, por isso, simultaneamente a instituição da fundação e o reconhecimento da utilidade pública da fundação, atribuindo lhe logo o estatuto de pessoa coletiva de utilidade pública.

Exemplo de uma fundação privada de origem pública e utilidade pública é a Fundação Luso - Americana para o Desenvolvimento, criada pelo Decreto-Lei n.º 168/85 de 20 de Maio, caracteriza-se como uma instituição de direito privado e utilidade pública, goza de todas as isenções fiscais e regalias previstas para as pessoas coletivas de utilidade pública, sem prejuízo das que lhe venham a ser atribuídas. Tem como fim “*o desenvolvimento económico e social de Portugal através da promoção da cooperação científica, técnica,*

²²¹ Disponível ON-LINE em [http:// www.sg.pcm.gov.pt/](http://www.sg.pcm.gov.pt/)

cultural, educativa, comercial e empresarial entre Portugal e os Estados Unidos da América”²²².

Outro exemplo de uma fundação privada com uma origem pública e utilidade pública é a Fundação Casa da Música; a Fundação Mata do Buçaco e a Fundação Cidade de Guimarães.

Exemplo de uma fundação privada com uma origem pública e privada e utilidade pública é a Fundação Serralves, criada pelo Decreto - Lei nº 240-A/89 de 27 de Julho, para a realização de fins artísticos e culturais.

Já quanto às fundações privadas *tout cour* e utilidade pública temos como exemplo a fundação José Saramago, instituída por negócio jurídico privado em 2007 foi reconhecida por despacho nº 4896/2008 pelo secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e declarada como pessoa coletiva de utilidade pública por despacho 12038/2009.

Podem, no entanto, existir fundações privadas de utilidade pública que pelos fins que prosseguem não possam ser consideradas pessoas coletivas de mera utilidade pública, mas sim instituições particulares de solidariedade social.

Referimo-nos, assim, às fundações privadas *tout cour*, que visem fins de solidariedade social tais como: apoio a crianças, jovens e famílias; apoio à inclusão social e comunitária; proteção na velhice e invalidez; promoção da saúde; educação e formação profissional; resolução de problemas de habitação²²³, cooperem com a Administração na persecução destes fins que são de interesse da comunidade, e por isso são por esta reconhecidas como instituições particulares de solidariedade social²²⁴, uma das espécies de pessoas coletivas de utilidade pública.

As instituições particulares de solidariedade social podem revestir várias formas como: associações de solidariedade social; associações de voluntários de ação social; associações de

²²² Cfr. Art.3º dos estatutos da FLAD. in [http:// www.flad.pt](http://www.flad.pt)

²²³ Cfr. art.º 1º dos Estatutos das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovados pelo decreto-lei 119/83 de 25 de Fevereiro e alterados pelo decreto lei 29/86 de 19 de Fevereiro.

²²⁴ São instituições particulares de solidariedade social nos termos do art.º 1 dos estatutos das instituições particulares de solidariedade social “*as constituídas, sem finalidade lucrativa, por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos e desde que não sejam administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico, para prosseguir, entre outros, os seguintes objectivos, mediante a concessão de bens e a prestação de serviços*».

socorros mútuos; fundações de solidariedade social e irmandades da Misericórdia (art.º 2º do estatutos das instituições particulares de solidariedade social²²⁵).

Importando para o nosso estudo, apenas as fundações de solidariedade social, que constituem uma vertente das fundações privadas de utilidade pública.

As fundações de solidariedade social são criadas por iniciativa particular, instituídas por ato *inter vivos* (através de escritura pública) ou por testamento, valendo como aceitação dos bens, o reconhecimento (art.º 78º do EIPSS).

Estas fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento, o qual é da competência do ministro da tutela (art.º 79º do EIPSS e do art.º 1 do decreto lei 152/96 de 30 de agosto).

O reconhecimento destas fundações de solidariedade social é negado quando os fins prosseguidos não sejam os que constam do art.º 1º do EIPSS (designadamente: apoio a crianças e jovens; apoio na velhice ou deficiência...) ou quando os bens afetados sejam insuficientes para prossecução dos fins visados (art.º 79º do EIPSS).

Em Portugal, está previsto pelo art.º 7º dos EIPSS e regulamentado pela portaria 139/2007 de 29 de Janeiro²²⁶, um registo das instituições particulares de solidariedade social, cuja organização e funcionamento é da competência dos ministérios da tutela.

Encontrando-se sujeito a registo os seguintes atos: “*a constituição das instituições, os respectivos estatutos e suas alterações; a integração, a fusão e a cisão das instituições; a extinção das instituições e a atribuição dos respectivos bens; As acções de declaração de nulidade ou anulação dos actos de constituição ou de fundação das instituições; a eleição, designação e recondução dos membros dos corpos gerentes das instituições; as acções de declaração de nulidade ou anulação de deliberações sociais e de destituição dos membros dos corpos gerentes das instituições, bem como os procedimentos cautelares relativos às mesmas acções; as decisões finais, com trânsito em julgado, proferidas nas acções e procedimentos cautelares*” (art.º 5º da portaria 139/2007 de 29 de Janeiro).

²²⁵ Adiante designado de EIPSS

²²⁶ Inicialmente foi regulamentado pela portaria 778/83 de 23 de julho, no entanto devido às alterações introduzidas no decreto-lei 119/83 de 25 de fevereiro, ficou desactualizada, tendo sido revogada, pela actual portaria nº 139/2007 de 29 de janeiro.

O registo dos referidos atos é da competência da direcção-geral da segurança social (DGSS), são gratuitos e tem como finalidade comprovar a natureza e os fins de solidariedade social (constantes do art.º 1º do EIPSS) da instituição; reconhecer a utilidade pública da instituição; facultar o acesso às formas de apoio e cooperação com a Administração (art.º 2º, 3º e 4º da portaria 139/2007 de 29 de janeiro).

Adquirindo, as fundações de solidariedade social bem como as demais instituições particulares de solidariedade social, com o registo, automaticamente a natureza de pessoas coletivas de utilidade pública, nos termos do art.º 8º do EIPSS, estando dispensadas do registo e demais obrigações previstos no Decreto-Lei nº 460/77, de 7 de novembro.

Não tendo aqui as fundações de solidariedade social que estejam registadas como instituições particulares de solidariedade social que aguardar três anos de efectivo funcionamento para serem declaradas como pessoas coletivas de utilidade pública, conforme consagra o Regime jurídico geral das pessoas coletivas de utilidade pública, no art.º 4º nº 2, beneficiando de um regime especial, automaticamente adquirem com o registo destas.

Beneficiando também, pelos fins que prosseguem de solidariedade social, entendendo-se não só “*no setor da segurança social mas também em domínios como as da saúde..., da educação, da habitação*”²²⁷ entre outros e pela cooperação que estabelecem com administração, de apoios financeiros, que lhe são concedidos pelo Estado para a prossecução destes fins.

Assim, “*o Estado aceita, apoia e valoriza o contributo das instituições na efectivação dos direitos sociais*”, proporcionando – lhes condições para a prossecução destes fins de solidariedade social que são também da responsabilidade do Estado a sua realização, e por isso, além de conceder benefícios para a sua persecução, exerce um poder de tutela sobre estas, exactamente pelos fins que prosseguem, justificam tal intromissão deste (art.º 4º e 33º e 34º do EIPSS).

Deste modo, o Estado exerce um poder de tutela sobre estas instituições, podendo os serviços competentes “*ordenar a realização de inquéritos, sindicâncias e inspecções às instituições*”²²⁸ e mais do isto, dependem de visto destes serviços, as contas e orçamentos das

²²⁷ Preambulo do decreto – lei 119/83 de 25 de fevereiro, que aprovou os EIPSS.

²²⁸ cfr. artº 34º do EIPSS.

instituições que são aprovadas pelos corpos gerentes²²⁹, podendo quando em sede de inquérito ou sindicância se constatar que está a funcionar de forma ilegal e a causar perigo para os beneficiários, ser encerrada²³⁰.

A intervenção da Administração nestas instituições é bem maior do que nas pessoas coletivas de mera utilidade pública, justificando-se esta maior intervenção, nas palavras de FREITAS DO AMARAL “*de tipo intermédio*”, por “*os fins prosseguidos coincidem com funções da administração, e esta favorece, mas também fiscaliza, a coexistência colaborante entre as actividades privadas e públicas*”²³¹.

Assim, há como uma parceria entre a administração e estas instituições na realização destes fins de solidariedade social, que também são responsabilidade da administração a sua realização e por isso apoia e fiscaliza.

Assim, se constata do art.º 63º n.º 5 da CRP, onde refere que “*o Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social*” nomeadamente apoio a crianças, jovens e idosos.

Neste sentido, refere JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, que incumbe ao Estado “*apoiar a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo.*”²³².

As fundações de solidariedade social bem como as demais instituições de solidariedade social, regem –se pelo decreto lei 460/77 de 7 de novembro, regime geral das pessoas coletivas de utilidade pública e pelo decreto-lei 119/83 de 25 de fevereiro, que aprovou os estatutos das instituições particulares de solidariedade social e demais legislação regulamentar aplicável.

No entanto, é nítido que apesar de serem entidades privadas e por isso sujeitas a um regime de direito privado, por vezes, por prosseguirem fins de interesse geral da comunidade,

²²⁹ Cfr. art.º 33º n.º 1 do EIPSS.

²³⁰ Cfr. Art.º37 do EIPSS

²³¹ FREITAS DO AMARAL, ob. Cit. 739

²³² Anotação de Rui Medeiros ao art.º 63º da CRP, in Constituição Portuguesa Anotada. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS. Tomo I. Coimbra: 2010. Ed. Wolters kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 2ª ed. p. 1301

podem tal como as demais pessoas coletivas de utilidade pública e sociedades de interesse colectivo, que integram as já denominadas instituições particulares de interesse público, estarem sujeitas parcialmente um regime de direito administrativo, aplicando-se as normas do procedimento administrativo quando haja uma lei expressa a determinar, nos termos do art.º 2º nº 4 do CPA.

Assim, “a sujeição ao procedimento administrativo depende...de lei expressa- e não de norma do próprio CPA. Por outro lado, não se restringe expressamente a (possibilidade de) extensão do Código aos casos em que tais instituições exercem poderes de autoridade.”²³³

Além da sujeição ao CPA, que como vimos tem que ter uma lei a determinar tal aplicação parcial ou total, encontramos traços de direito administrativo no RGPCUP nos art.º 10º e 11º - também aplicável às demais pessoas coletivas de utilidade pública, como a isenção de taxas de televisão e radio, tarifas reduzidas na electricidade; isenção de taxas nos espectáculos e publicação gratuita das alterações dos estatutos, bem como o poder para requerer a expropriação de terrenos.

E no decreto-lei 119/83 de 25 de janeiro, aplicável somente às IPSS, constata-se também a presença de alguns traços de direito administrativo, v.g. o princípio da autonomia institucional (art.º 3º do EIPSS); apoio do Estado e das autarquias (art.º 4º do EIPSS); os direitos dos beneficiários (art.º 5º do EIPSS); as regras da criação, organização, gestão e extinção (art.º 9º a 31º EIPSS) e a tutela administrativa (art.º 33º a 39º EIPSS).

Neste sentido, o regime jurídico pelo qual as fundações de solidariedade social se regem, pelo decreto – lei 119/83 de 25 de fevereiro, com a sua redação actual, e subsidiariamente pelo decreto-lei 460/77 de 7 de novembro na sua redação actual, é inevitavelmente um “regime jurídico específico traçado pelo direito administrativo”²³⁴.

Exemplo de uma fundação de solidariedade social é a fundação Aragão Pinto, que se dedica a apoiar, desenvolver e integrar crianças e jovens carenciados ou com deficiência na sociedade. “Promove actividades culturais, desportivas, educacionais, lazer e sociais. Apoia instituições de acção social através de várias actividades, donativos, promoção de eventos e campanhas de angariação de fundos. Sensibiliza a opinião pública para as problemáticas e

²³³ ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário; GONÇALVES, Pedro; PACHECO DE AMORIM, João. In Código do Procedimento Administrativo, comentado. Coimbra: Almedina, 2º ed., 1998. p. 74

²³⁴ FREITAS DO AMARAL, Diogo. In ob. Cit. p. 739

soluções no que respeita a crianças e jovens carenciados e deficientes. Fomenta uma vida saudável inserida nos valores que fundamentam uma convivência integrada na sociedade”²³⁵.

Por último, as fundações privadas de utilidade pública podem revestir a forma de pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, quando fundadas por particulares, não integrem a categoria de instituições particulares de solidariedade social (*in casu* fundações de solidariedade social), prossigam algum dos fins do art.º 416º do Código Administrativo²³⁶, nomeadamente de assistência ou educação, aproveitem aos cidadãos de uma localidade e não sejam administradas pelo Estado.

O que se conclui que só as fundações privadas *tout cour* que prossigam algum destes fins plasmados no art.º 416º do CA, é que podem ser pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, estando aqui excluídas as fundações privadas de origem pública, que são fundadas por entidades públicas e privadas.

Assim, refere o art.º 416 do CA que são pessoas coletivas de utilidade pública administrativa “ *as associações beneficentes ou humanitárias e os institutos de assistência ou educação, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas pias, creches, lactários, albergues, dispensários, sanatórios, bibliotecas e estabelecimentos análogos, fundados por particulares, desde que uma e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo*”.

Até ao 25 de Abril, as instituições particulares de interesse público eram compostas pelas sociedades de interesse colectivo e pelas pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, entendidas estas últimas como órgãos da administração, encontravam-se formalmente incluídas nesta (art.º 109º n.º 4 da CRP de 1933), exercendo a administração um forte controlo.

No entanto, após o 25 de Abril e com a constituição de 1976, desaparece a inclusão destas na administração, bem como a sua sujeição à superintendência do Governo, estabelecendo-se com o decreto-lei 460/77 de 7 de novembro, o RGPCUP, que as pessoas coletivas de utilidade pública, sejam pessoas coletivas de utilidade pública administrativa,

²³⁵ Vide missão da fundação Aragão Pinto. Disponível ON-LINE in <http://www.fundacaoaragaopinto.com>

²³⁶ Decreto – lei nº 31 095 de 31 de Dezembro de 1940, alterado sucessivamente, com última redação do decreto-lei 217/88 de 27 de Junho.

Adiante designado de CA.

mera utilidade pública ou instituições particulares de solidariedade social, são pessoas coletivas privadas que cooperam com administração na persecução de fins de interesse geral, e não elementos que integram tal estrutura.

Valoriza-se, assim, a cooperação e abandona-se a integração destas na Administração, assumindo as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa um papel importante no desenvolvimento e realização de fins sociais na área da assistência e educação, que o Estado reconhece e por isso apoia.

Podendo estas entidades que prossigam algum dos fins do art.º 416º do CA, serem declaradas, logo após a sua constituição, como pessoas coletivas de utilidade pública, nos termos do art.º 4º n.º 1 do RGPCUP, beneficiando de um regime especial em relação às demais pessoas coletivas de utilidade pública, não tendo que aguardar nem demonstrar três anos de exercício regular da actividade para requerer tal estatuto.

Nas palavras de FREITAS DO AMARAL *“se os fins são “administrativos” hoc sensu, a utilidade pública presume-se: se não são, ela tem que ser demonstrada por uma actuação convincente.*²³⁷”

O legislador mais tarde, como já vimos, estabeleceu também para as IPSS que estivessem registadas um regime semelhante, adquirindo com o registo automaticamente o estatuto de utilidade pública – estabelecendo aqui também um regime especial.

No entanto, esta extensão deste regime especial para as IPSS que estejam registadas como tal justifica-se pelos fins que estas prosseguem, v.g apoio a crianças e jovens, educação profissional e assistência na velhice e deficiência, enquadrarem-se directamente nos fins do art.º 416º do CA, *“fins que coincidem directamente com atribuições particularmente importantes da administração”*²³⁸, e por isso, a Administração declara automaticamente com o registo, a sua utilidade pública.

Assim, há utilidade pública administrativa quando os fins prosseguidos pelas associações ou fundações coincidem com atribuições importantes da administração (assistência e educação) e há uma mera utilidade pública, quando estas entidades prosseguem

²³⁷ FREITAS DO AMARAL, in ob. Cit. P. 741

²³⁸ *Ibid.*, in ob. Cit. P. 721

fins de interesse geral, que interessam à comunidade, mas não interferem com as funções da Administração.

As pessoas coletivas de utilidade pública administrativa prosseguem os fins plasmados no art.º 416º do CA, fins que coincidem diretamente com atribuições importantes da Administração, e por isso esta valoriza e reconhece a actividade exercida por estas pessoas coletivas privadas que se dispõe mais do que colaborar, a substituir a Administração na realização de tarefas tão importantes para a sociedade.

Para MANUEL DE ANDRADE as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa são *"as pessoas coletivas de direito privado e utilidade pública, quando a utilidade pública visada seja predominantemente local, competindo a sua administração a particulares e não a entes públicos, uma vez que, segundo parece, se trata duma finalidade desinteressada e tal que deve qualificar-se como de assistência ou beneficente, humanitária ou educativa"*²³⁹.

Assim, estas *"entidades criadas pela iniciativa particular vem suprir uma missão ou lacuna dos poderes públicos, e correspondem por conseguinte a uma modalidade de exercício privado de funções públicas, onde a intervenção e o controlo administrativo e financeiro tem de ser maiores"*²⁴⁰.

Numa escala a considerar, a intervenção da administração sobre estas entidades será a máxima, exercendo sobre estas além de poderes de tutela e um controlo financeiro.

As pessoas coletivas de utilidade pública administrativa regem-se pelo regime geral das pessoas coletivas de utilidade pública, decreto-lei 460/77 de 7 de novembro, onde gozam também de um regime especial, como é caso da norma do art.º 4º nº1 (permite a declaração de utilidade pública logo após a sua constituição) e pelo CA de 1940, com as alterações que lhe foram introduzidas²⁴¹.

Encontrando-se, como as demais pessoas coletivas de utilidade pública, sujeita a um regime misto, aplicando – se o direito privado, direito comum destas entidades e em algumas situações o direito administrativo.

²³⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. In **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Vol. I Coimbra: Almedina, 1992. P. 90

²⁴⁰ *Ibid.*, in ob. Cit. P. 739

²⁴¹ Vide nota 119

Podendo encontrar-se alguns traços de direito administrativo no RGPCUP, regime geral aplicável a todas as pessoas coletivas de utilidade pública, e que já enunciamos anteriormente quando abordamos as pessoas coletiva de mera utilidade pública e as instituições particulares de solidariedade social, para o qual remetemos uma análise mais desenvolvida.

Por ora legamos algumas normas de direito administrativo a título exemplificativo, constantes do RGPCUP: isenção taxa televisão e radio; tarifas reduzidas na electricidade, publicação gratuita de alterações dos estatutos, bem como o poder para requerer a expropriação de terrenos, entre outras (art.º 10º e 11º do RGPCUP).

Além destas, podem estas fundações privadas que prossigam algum dos fins do art.º 416º do CA e não sejam instituições particulares de solidariedade social, estarem sujeitas na parte em que se lhes aplique a normas do CA, por exemplo a sujeição à tutela administrativa.

Não sendo também de descartar a submissão ao CPA, quando haja uma lei expressa a determinar a sua aplicação a actuação destas entidades, conforme se retira do art.º 2º nº 4 do CPA, bem como à jurisdição administrativa, a quem compete, nos termos do art.º 4º nº 1 al. d) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais²⁴², fiscalizar a legalidade dos “*actos jurídicos praticados por sujeitos privados ...no exercício de poderes administrativos*”.

Competindo também à jurisdição administrativa, como consta do art.º 4º nº 1 al. i) do ETAF, a apreciação de acções de responsabilidade civil extracontratual de entidades privadas, às quais lhes seja aplicado o regime da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas (lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro), aplicando-se aqui quando estas entidades pratiquem acções ou omissões que sejam reguladas por normas de direito administrativo²⁴³.

Actualmente, as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa são cada vez menos, justificando-se tal facto, pelo aparecimento das IPSS, com o decreto – lei 119/83 de 25 de fevereiro, as instituições fundadas por particulares que tenham por fim apoiar crianças,

²⁴² Adiante designado por ETAF

²⁴³ Art.º 1º nº 5 do regime da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro alterada pela Lei nº 31/2008, de 17 de Julho.

Compete à jurisdição administrativa a apreciação de acções de responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, bem como das demais pessoas coletivas de utilidade pública, quando lhes seja aplicável o regime da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, por acções ou omissões que sejam reguladas por normas de direito administrativo.

jovens e idosos e proporcionar educação profissional, passam a ser consideradas como IPSS, deixando de ser pessoas coletivas de utilidade pública administrativa.

Assim, refere o art.º 94º do EIPSS que *“as instituições anteriormente qualificadas como pessoas coletivas de utilidade pública administrativa que, pelos fins que prossigam, devam ser consideradas instituições particulares de solidariedade social deixam de ter aquela qualificação e ficam sujeitas ao regime estabelecido no presente diploma.”*

Significando tal preceito, que as pessoas coletivas de utilidade administrativa já existentes que prossigam algum dos fins do art.º 1º do EIPSS, passam a ser consideradas como IPSS; as outras, que pelos fins que prosseguem não podem são IPSS, continuam a ser pessoas coletivas de utilidade pública administrativa.

Como refere FREITAS DO AMARAL *“A categoria das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa continua, pois, a existir nos quadros do direito positivo português – bastante mais reduzida, é certo, mas subsiste, e nada obsta a que venha de novo a expandir-se no futuro”²⁴⁴* – podendo, por isso, ainda falar-se em fundações privadas de utilidade pública, que revistam a forma de pessoas coletivas de utilidade pública administrativa.

²⁴⁴ FREITAS DO AMARAL, Diogo. Ob. cit. p. 723

6. O novo paradigma: as Fundações públicas com regime de direito privado, em especial o caso das “*fundações públicas universitárias*”²⁴⁵

As fundações públicas com regime de direito privado, apareceram no nosso ordenamento jurídico como uma consequência do movimento de privatização fortemente sentido no último quartel do séc. XX²⁴⁶.

A “*fuga para o direito privado*”²⁴⁷ pela Administração acarretou o aparecimento de inúmeras entidades de substrato público com um regime de direito privado e de entidades privadas com regime de direito privado, criadas por iniciativa de uma entidade pública, para prossecução de fins de interesse público. Mas mais do que isto, acarretou, este processo de privatização, o desaparecimento da “*identidade entre pessoas coletivas públicas e regime de direito público e entre pessoas coletivas privadas e de regime de direito privado.*”²⁴⁸

Evolui-se, da concepção clássica de que o Estado só poderia criar pessoas coletivas públicas, submetidas ao direito administrativo e os particulares só poderiam criar pessoas coletivas privadas, submetidas ao direito privado²⁴⁹, para uma nova concepção onde o Estado e restantes pessoas coletivas públicas territoriais podem criar entidades públicas de direito público ou de direito privado e entidades privadas, para prosseguirem interesses seus. Os particulares continuam a criar somente pessoas coletivas privadas, no entanto passa a haver “*pessoas coletivas privadas sujeitas ao direito administrativo e pessoas coletivas públicas formadas de particulares*”²⁵⁰ (no primeiro caso veja – se e o exemplo das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e no segundo as associações públicas).

²⁴⁵ Vide nota 20

²⁴⁶ O movimento de privatização da Administração não se iniciou no último quartel do sec. XX, mas muito antes, remontando-se o seu aparecimento há mais de dois séculos atrás. No entanto, no último quartel do sec. passado verificou-se um forte processo de privatização na Administração por toda a Europa, convertendo-se entidades de direito público em entidades de direito privado (v. g das empresas públicas para E.P.E) e de entidades públicas em entidades privadas (v.g empresas públicas em Sociedades Anónimas), verificando-se inicialmente no setor económico e mais tarde aos setores sociais e culturais.

²⁴⁷ Ver nota 2

²⁴⁸ VITAL MOREIRA. ob. cit. P. 279

²⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR. **Fundamentos de Derecho Administrativo**, vol. I. Madrid: 1988, p. 839 *apud* VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 277

²⁵⁰ VITAL MOREIRA, ob. cit. P. 278

Com esta nova concepção, passamos a ter (seguindo o quadro plasmado na obra de VITAL MOREIRA²⁵¹, acerca das pessoas coletivas e regime jurídico, adaptado da obra de SANTAMARÍA PASTOR) os seguintes tipos de entidades e regimes jurídicos:

1. *Entidades com substrato pessoal e patrimonial de particulares:*

Forma da personificação coletiva:

1.1 *Pessoa coletiva privada*

- a) regime jurídico privado (as típicas *entidades privadas de direito privado*).
- b) regime jurídico misto (*entidades privadas com poderes públicos*, encontram-se submetidas ao direito administrativo quando investidas de funções administrativas, agem no exercício delas e encontram a sua actuação regulada por normas de direito administrativo e *pessoas coletivas de utilidade pública administrativa* em que lhes é aplicável um regime predominantemente público).

1.2 *Pessoa coletiva pública com um regime público (associações públicas).*

2. *Entidades com substrato pessoal e patrimonial no Estado ou noutras colectividades territoriais:*

2.1 *Pessoa coletiva privada com um regime de direito privado (as empresas públicas que revestem a forma societária, 3º nº 2 do RJSEEP).*

2.2 *Pessoa coletiva pública*

- a) regime de direito público (*institutos públicos*)
- b) regime de direito privado (*Entidades Públicas Empresariais*, art.º 3º nº3 do RJSEEP e *Fundações públicas com regime de direito privado*, que são objecto do nosso estudo.)

Passando, assim, a existir entidades com substrato público mas com uma forma privada e com regime de direito privado, ou com uma forma pública mas com um regime de direito privado e entidades com um substrato privado, numa forma privada mas com um regime predominantemente de direito público, ou entidades com um substrato privado, numa forma

²⁵¹ Quadro nº 2/I acerca das pessoas coletivas e regime jurídico, in *Administración autónoma...*, de VITAL MOREIRA. P. 277, adaptado da obra de SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: 1988. P. 839.

pública, com um regime de direito público. Dando-se “*uma dissociação entre a origem e a forma de personificação, e entre esta e o regime aplicável.*”²⁵²”

Neste sentido, passam a existir pessoas coletivas públicas de direito público e pessoas coletivas públicas de direito privado, mais concretamente, no caso das fundações, passam a existir além das clássicas fundações públicas de direito público, as fundações públicas com regime de direito privado.

Caracterizam – se por serem entidades com uma origem, substrato e forma pública, criadas por um ente público, para prossecução de fins de interesse público, regem a sua organização e funcionamento pelo direito administrativo e sua actividade pelo direito privado.

Estas fundações públicas de direito privado distinguem-se das fundações públicas *tout cour*²⁵³ (de direito público), que são uma espécie de instituto público, não pelo critério da iniciativa, fim ou controlo que são também públicos, mas pelo regime jurídico a que estas se encontram sujeitas para regular a sua organização, funcionamento e actividade, que é a lei - quadro dos institutos públicos e subsidiariamente pela demais legislação aplicável às pessoas coletivas públicas.

Distinguem-se também das fundações privadas, por estas serem criadas por iniciativa privada, através de um negócio jurídico, *inter vivos* ou *mortis causa*, com meios particulares, para a prossecução de fins de interesse coletivo, regem a sua organização, funcionamento e actividade pelo direito privado.

Distinguem-se das fundações privadas com uma origem pública, por estas apesar de terem uma iniciativa pública, um património de origem exclusiva ou predominantemente público e serem criadas por decreto – lei, regem a sua organização, funcionamento e actividade pelo direito privado e prosseguem fins de interesse social que coincidem com fins públicos, o que faz com que sejam pessoas coletivas privadas e de utilidade pública.

Distinguem-se também das fundações privadas *tout cour* e utilidade pública, por estas entidades serem criadas por iniciativa privada, com património e meios particulares, prosseguirem fins de interesse social, cooperam com a Administração central ou local, em termos que lhes é reconhecimento do estatuto de utilidade pública.

²⁵² VITAL MOREIRA, ob. cit. p. 278

²⁵³ Vide nota 46

Resultam, estas fundações públicas com um regime de direito privado, da iniciativa de uma pessoa coletiva de direito público, para a prossecução de fins públicos primários ou secundários, “*são criadas e configuradas por lei (formalmente e para todos os efeitos), e é um direito administrativo organizatório especial (a saber o constante da respectiva lei orgânica e dos seus estatutos) que rege a sua organização e funcionamento*”²⁵⁴, sendo a sua atividade regulada pelo direito privado.

Defendendo – se ainda que esta nova figura de fundações públicas com regime de direito privado é “*semelhante à das entidades públicas empresarias, no sentido de que, sendo pessoas coletivas públicas (de natureza jurídico - organizatória pública), continuando a ser pessoas coletivas públicas, constituem todavia uma excepção à regra de que às pessoas coletivas públicas se aplica o direito próprio destas entidades, o direito estatutário da Administração pública (ou seja o direito administrativo): com efeito a sua actividade é também regida em regra pelo direito privado, apenas detendo poderes públicos de autoridade, nos termos da lei, em casos excepcionais.*”²⁵⁵

Trata-se, por isso, de entidades que tem uma origem, substrato, património e forma pública, regem a sua organização e funcionamento por um direito administrativo especial (que consta do diploma legal que as institui e dos seus estatutos), regendo a sua atividade pelo direito privado e exceccionalmente pelo direito administrativo.

O que não deixa de ser estranho, na medida em que sempre existiu identidade entre a origem, forma e direito aplicável, o que *in casu*, sempre foi o direito administrativo que regulou a atuação das entidades administrativas, e exceccionalmente o direito privado, quando a sua atuação se realizasse, por exemplo, no âmbito de gestão privada.

Ora, atualmente, temos entidades administrativas, como as fundações públicas com regime de direito privado, que se encontram submetidas predominantemente a um regime de direito privado, ficando somente sujeitas ao direito administrativo, quando a sua atuação externa se encontre submetida a normas que a estas se dirigem, enquanto membros da Administração, para por ex. atribuírem poderes de autoridade ou imporem deveres.

²⁵⁴ PACHECO DE AMORIM, João. Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “fundações públicas universitárias” ao POC-EDUCAÇÃO.

²⁵⁵ *Ibid.*,.

Havendo, por isso, aqui uma contenção do direito administrativo na regulação da actuação destas entidades administrativas mas simultaneamente uma expansão, na medida em que o direito privado pelo qual estas entidades se regem, é um direito adaptado por princípios constitucionais e legais de direito administrativo, o que faz com que o direito aplicável seja o direito privado administrativo²⁵⁶.

O que torna o regime privatístico a que estas fundações de origem e substrato público se encontram predominantemente sujeitas, num regime impuro.²⁵⁷

Por isso, apesar da rutura entre origem, forma e o regime aplicável, sempre se dirá que independentemente da forma de privatização utilizada, seja na forma de ação ou na forma de organização, sempre terão que ser observados e respeitados, pelas entidades administrativas, os princípios basilares do direito administrativo.

Pelo que, quando o Estado recorre a este modelo fundacional com um regime de direito privado, para entidades públicas que realizam tarefas de interesse público primário ou secundário, em momento algum coloca em causa os princípios a que estas entidades estão constitucionalmente ou legalmente vinculadas.

Na verdade, o modelo fundacional, adotado pelo Estado, com regime predominantemente privatístico, tem como vantagem além, de conservar a natureza jurídica pública do ente (que para todos os efeitos, trata-se de uma fundação pública, com uma origem, forma e fim público, mas com um regime de direito privado), permite que as entidades públicas realizem, de uma forma autónoma, com “*maior eficiência*”²⁵⁸ e com menores custos, o interesse público.

²⁵⁶ O direito privado administrativo é um conceito de origem alemã, designado de *verwaltungsprivatrechts*, segundo o qual, o direito privado pelo qual a Administração se encontra submetida, é um direito adaptado “*por elementos de direito público tendentes à salvaguarda mínima dos direitos fundamentais e os princípios fundamentais da constituição relativos à Administração pública (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade)*”. O direito privado administrativo é por isso um direito privado com elementos publicísticos”. VITAL MOREIRA, ob. cit. P. 284. Sobre o conceito de direito privado administrativo, vide **Verwaltungsrecht II**, Munique, 1987, de Hans J. WOLFF, Otto BACHOF e Rolf STÖBER.

²⁵⁷ Neste sentido, as fundações públicas de direito privado, mesmo que estejam predominantemente sujeitas a um regime de direito privado, tem que observar (na medida em que fazem parte da Administração) os princípios constitucionais ou legais de direito administrativo, o que faz com que estas fundações não se encontrem puramente sujeitas a um regime privatístico. Dando, neste sentido, origem ao já mencionado direito privado administrativo.

²⁵⁸ OTERO, Paulo. In **Legalidade e Administração Pública**, cit. p. 284.

Neste sentido, na criação desta figura tão controversa na doutrina e no recurso a tantas outras figuras similares²⁵⁹, estiveram razões económicas, estruturais e sociais. Com a aplicação de um regime de direito privado à atividade administrativa, reduz – se custos, logo no setor administrativo, admitindo-se funcionários ao abrigo do contrato individual de trabalho ou prestação de serviços. Rentabiliza-se o seu funcionamento e o cumprimento dos objetivos. Exclui-se estas fundações, da obrigação de sujeição à contabilidade pública e atribui-se uma maior autonomia na contratação e gestão financeira, patrimonial e de pessoal.

E foi exatamente pela maior autonomia oferecida para a contratação e gestão no setor patrimonial, financeiro e pessoal, que as universidades públicas portuguesas têm vindo a converter – se em fundações públicas com regime de direito privado.

Tendo já sido referido pelo reitor de uma universidade pública portuguesa que a “*maior autonomia é a palavra-chave neste processo*”.²⁶⁰

O modelo fundacional com um regime privatístico, tem vindo a ser utilizado pelo Governo para as universidades públicas, desde a última reforma do ensino superior público, de 10 de Outubro de 2007, altura em que a Lei 62/2007 de 10 de Setembro, que consagra o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior entrou em vigor, e que veio permitir que as instituições de ensino superior públicas possam transformar-se em fundações públicas de direito privado.²⁶¹

²⁵⁹ Como por exemplo: as Entidades Públicas Empresariais (E.P.E) que são empresas públicas, nos termos do art.º 3º do RJSEEP. São entidades públicas sujeitas a um regime de direito privado (art.º 7º e 23º do RJSEEP), operando-se aqui a privatização no direito aplicável à atuação destas entidades públicas. Em contraponto com estas entidades públicas de natureza empresarial, temos as entidades criadas pelo Estado sob a forma de sociedades comerciais, também consideradas empresas públicas, nos termos do art.º 3º nº1 do RJSEEP. Trata-se de entidades que o Estado ou outra entidade pública estadual cria sob a forma societária, nos termos das leis comerciais, para a realização de fins públicos, exercendo uma influência dominante sobre estas (v.g a maioria do capital ou do direito de voto ou no direito de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou do conselho de fiscalização).

Estas entidades tal como as primeiras são criadas por iniciativa pública, para a realização de fins públicos, regem-se pelo direito privado, e são ambas empresas públicas. No entanto, distinguem-se, pelo facto de estas últimas revestirem a forma societária, fazendo delas pessoas coletivas privadas, ao invés das primeiras, que são entidades públicas de natureza empresarial, e por isso, pessoas coletivas públicas.

²⁶⁰ Expressão proferida por António Cunha, reitor da universidade do Minho, num dos ciclos de conferências sobre o regime fundacional para as universidades, organizado pelo Conselho Geral da Universidade do Minho.

A universidade do Minho está quase a transformar-se numa fundação pública de direito privado. O conselho geral da UM já deliberou a conversão neste modelo fundacional, em 30 de Maio de 2011, estando a aguardar a transformação em fundação pelo Governo.

²⁶¹ A criação desta figura jurídica tão ambígua como a fundação pública com regime de direito privado, para as universidades públicas, teve a sua origem no RJIES. Referindo o art.º 9º deste diploma legal, que as

Tendo já adoptado esta figura de fundação com um regime de direito privado, o ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), em 27 de Abril de 2009, pelo Decreto — Lei nº 95/2009 de 27 de Abril; a Universidade do Porto (UP), na mesma data, pelo Decreto-Lei nº 96/2009 de 27 de Abril e a Universidade de Aveiro (UA), também na mesma data, pelo Decreto-Lei nº 97/2009 de 27 de Abril.

Atualmente a Universidade do Minho (UM) está a fazer esforços no sentido de passar a fundação pública com regime de direito privado, tendo já sido aprovada a sua passagem a este modelo fundacional.

No entanto, existem ainda muitas instituições do ensino superior público, que mostram sérias reticências a este modelo fundacional com regime privatístico, seja pela obscuridade que a figura ainda se apresenta no nosso ordenamento; seja pela falta de um regime jurídico que regule este tipo de fundações; seja pela privatização do regime jurídico pelo qual as universidades públicas passam a reger-se ou pelos novos órgãos introduzidos por este modelo, como o conselho de curadores, que faz com que muitos reitores ainda não tenham apresentado ou mesmo rejeitem esta passagem a fundação.

Na verdade, a passagem a fundação de direito privado²⁶², não opera tantas mudanças como se possa pensar, nem o interesse público a que se encontram adstritas as instituições de ensino superior público está colocado em causa.

Como refere o art.º 9º do RJIES as instituições de ensino superior público são pessoas coletivas de direito público, podendo, no entanto, revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado. Havendo aqui um regime jurídico dualista para as instituições públicas, o que não significa que deixemos de estar perante pessoas coletivas públicas.

“instituições de ensino superior públicas são pessoas coletivas de direito público, podendo, porém, revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado, nos termos previstos no capítulo VI do título III”.

Diga-se, que apesar destas entidades serem criadas por decreto — lei e terem uma consagração legal do no RJIES, não existe no nosso ordenamento, nenhum regime jurídico que regule estas fundações.

²⁶² Esta expressão foi utilizada na proposta de lei do regime jurídico das instituições de ensino superior, de 2007.05.04, no art.º 106º nº 1, onde refere que *“as instituições de ensino superior públicas podem requerer ao Governo a sua transformação em fundação de direito privado”*. Mais tarde na versão definitiva da lei do regime jurídico das instituições de ensino superior (RJIES), esta designação evolui para fundação pública com regime de direito privado. Mantendo o art.º 129º do RJIES, a mesma redação da proposta lei, *“as instituições de ensino superior públicas podem requerer ao Governo a sua transformação em fundações públicas com regime de direito privado”*.

Aliás, o que não estiver regulado no capítulo VI referente às instituições de ensino superior público de natureza fundacional, e nos estatutos da fundação, aplica-se supletivamente o regime geral das instituições de ensino superior públicas contido no RJIES.

Neste sentido, as universidades que adotem um regime fundacional, continuam a ser pessoas coletivas públicas, gozando dos direitos que as demais instituições de ensino superior públicas de regime não fundacional gozam.

Havendo, pela privatização operada, uma maior autonomia a nível patrimonial, financeiro e de pessoal, o que torna bastante atrativo este modelo.

No entanto, uma maior autonomia significa também uma maior responsabilidade para estas “*fundações públicas universitárias*”²⁶³, que passam a ter que ter um maior controlo da sua gestão financeira, não estando dependentes do Orçamento de Estado, mas de contratos plurianuais, não inferiores a três anos. O que implica uma boa gestão do financiamento que lhe é atribuído pelo Estado. Tendo ainda que ter 50% de receitas próprias, o que para uma universidade que não tem um fim económico é uma tarefa difícil, tendo que recorrer às receitas provenientes das propinas, das patentes, e dos demais direitos de propriedade industrial e intelectual a que tenham direito.

Assim, a transformação de uma instituição de ensino superior público em fundação pública de direito privado implica que esta passe a reger-se predominantemente pelo direito privado, designadamente no âmbito da gestão financeira, patrimonial e de pessoal e que passe a ter além do interesse público primário a que está obrigada a prosseguir (v.g ensino e investigação), um interesse económico, tendo que captar financiamentos externos ou rentabilizar projectos, de modo a ter 50% de receitas próprias.

Pelo que estamos em condições de apresentar uma definição de fundações públicas com regime de direito privado: (i) são entidades administrativas, criadas por uma pessoa coletiva de direito público, através de um decreto-lei; (ii) estruturadas em moldes públicos; regem a sua organização e funcionamento por um “*direito administrativo organizatório especial (a saber constante da respectiva lei orgânica e dos seus estatutos)*”²⁶⁴; (iii) e a sua atividade predominantemente pelo de direito privado, que é adaptado aos princípios constitucionais e

²⁶³ Vide nota 20

²⁶⁴ PACHECO DE AMORIM, João. Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “*fundações públicas universitárias*” ao POC-EDUCAÇÃO. P.10

legais de direito administrativo; (iiii) para a prossecução de fins públicos primários ou secundários, e por isso, estão sujeitas ao poderes de controlo Estaduais.

E de “*fundações públicas universitárias*”²⁶⁵, que em sentido lato, se encontram e são fundações públicas de direito privado e num sentido restrito, (i) são instituições de ensino superior público, criadas pelo Governo, por decreto-lei, revestem a forma de fundação pública; (ii) com uma organização e estrutura pública, regem a sua organização e funcionamento por um “*direito administrativo organizatório especial*”²⁶⁶ e (iii) a sua actividade predominantemente pelo direito privado, nomeadamente no âmbito da gestão patrimonial, financeira e de pessoal, com a ressalva da observação dos princípios constitucionais e normas de direito administrativo respeitantes à Administração, (iiii) prosseguem um interesse público primário, no âmbito do ensino, investigação, estão sujeitas à tutela do Estado.

Estas “*fundações públicas Universitárias*”²⁶⁷, tal como no geral as Fundações públicas com regime de direito privado, regem-se nas suas relações com terceiros (relações externas) pelo direito privado, mas como já vimos, trata-se de um direito privado que é “*adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo*”²⁶⁸, ou seja, pelo direito privado administrativo.

O próprio RJIES o refere, no art.º 134º n.º 1 e 2 que as fundações regem-se pelo direito privado, o que “*não prejudica a aplicação dos princípios constitucionais respeitantes à Administração pública, nomeadamente a prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da proporcionalidade*”²⁶⁹.

Há, no entanto, uma questão que se coloca, no âmbito das relações externas da fundação universitária com aqueles que são afinal a essência da universidade, os alunos. Qual o regime jurídico que se aplica na relação entre a fundação universitária e os alunos, o direito privado administrativo ou o direito público?

²⁶⁵ Vide nota 20

²⁶⁶ PACHECO DE AMORIM, João. Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “*fundações públicas universitárias*” ao POC-EDUCAÇÃO. P.10

²⁶⁷ Vide nota 20

²⁶⁸ GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, cit. p.53 e 54.

²⁶⁹ Também resulta do art.º 2º n.º 5 do CPA que “*os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada*”.

O legislador consagrou no art.º 134º n.º 1 do RJIES uma clausula geral quanto ao regime pelo qual as “*fundações públicas universitárias*”²⁷⁰ se regem, o direito privado; referindo “*nomeadamente*” como poderia ser *designadamente* no que respeita à gestão financeira, patrimonial e de pessoal.

Estipulando no n.º 2, 3 e 4 do mesmo preceito, algumas ressalvas a este regime geral: a primeira, a obrigação por parte destas *fundações públicas universitárias*²⁷¹ de observarem os princípios constitucionais respeitantes à Administração (já referido em cima); a segunda, a possibilidade da instituição criar carreiras próprias para os docentes e investigadores, devendo ter em atenção o paralelismo das categorias e habilitações académicas exigidas nos demais estabelecimentos de ensino superior público; a terceira a salvaguarda do regime da função pública de que gozem os funcionários da instituição antes da transformação em fundação de direito privado.

O que nos faria cair na regra do direito privado administrativo, não fosse o legislador no art.º 135º do RJIES referir de forma explícita que os meios pelos quais os alunos são selecionados para estas “*fundações públicas universitárias*”²⁷² são os mesmos que estão fixados por lei para as instituições de ensino superior públicas. Reforçando ainda a ideia da regulação pelo direito público, na relação com os alunos, o preceito normativo do art.º 137º ao referir que os alunos destas instituições, estão abrangidos pela ação social escolar nos mesmos termos dos alunos das demais instituições de ensino superior público.

Pelo que como podemos ver, o legislador mais não quis do que atribuir aos alunos das fundações universitárias os mesmos direitos de que gozam os alunos das outras instituições de ensino superior público não fundacional, pelo que só assim poderá ser, pela sujeição a um regime de direito público.

Assim, o regime jurídico pelo qual se regem as relações entre as fundações universitárias e terceiros que são alunos, é um regime de direito público.

Já no âmbito das relações com terceiros que não alunos, tudo indica para que seja o direito privado administrativo.

²⁷⁰ Vide Nota 20

²⁷¹ *Ibid.*,

²⁷² *Ibid.*,

Assim, (no âmbito das relações externas) a submissão direta destas fundações universitárias ao direito administrativo é de carácter excecional, ocorre, quando a sua atuação externa se encontre, por determinação da lei, submetida a normas de direito administrativo, ou quando “*para a execução de tarefas públicas de que sejam incumbidas, lhe sejam outorgadas prerrogativas de autoridade ou imposta a observância de deveres especiais*”²⁷³.

Quanto às relações *ad intra*, das fundações universitárias com o ente público que as criou, neste caso o Estado, diremos que se regem pelo direito público, tal como se regem as relações das demais instituições de ensino superior público, porque afinal estamos e estivemos sempre a falar de pessoas coletivas públicas criadas por um ente público de fins múltiplos.

Pelo que, podemos concluir que falar – se neste novo paradigma, de fundações públicas com um regime de direito privado²⁷⁴, é o mesmo que falar-se em pessoas coletivas públicas, de natureza fundacional, criadas por um ente público, através de um decreto-lei, para a prossecução de fins públicos, regem a sua actividade predominantemente pelo direito privado, que se encontra adaptado aos princípios constitucionais e legais de direito administrativo, a que se encontram submetidas estas entidades, que afinal são entidades administrativas.

²⁷³ FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto. Ob. cit. p. 31

²⁷⁴ A figura da fundação pública com regime de direito privado, não é um modelo utilizado só para as universidades públicas, podendo ser utilizado para qualquer entidade pública criada pelo Estado ou por outro ente público para a prossecução de fins de interesse público.

Capítulo II

O especial caso das “*fundações públicas universitárias*”

1. A escolha do regime fundacional para as universidades públicas e a autonomia destas.

Volvidos quase cinco anos desde a entrada em vigor do RJIES, só três das catorze universidades públicas portuguesas se converteram em fundação pública com regime de direito privado.

A obscuridade que esta figura apresenta, a falta de tipificação legal²⁷⁵, a desadequação do modelo fundacional para as universidades ou a privatização do regime jurídico pelo qual se regem, foram algumas das razões apresentadas pelos reitores das universidades públicas portuguesas, para a sua não requererem a sua transformação em fundação pública com regime de direito privado.

²⁷⁵ A lei – quadro das fundações, aprovada pela lei 24/2012 de 9 de julho veio pela primeira vez tipificar as fundações públicas de direito privado, definindo que são “*fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação*”. Considerando que existe uma influência dominante “*na afetação exclusiva ou maioritária dos bens que integram o património financeiro inicial da fundação, ou no direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de administração da fundação*”. (cfr. art.º 4º n.º1 c) e n.º2 da lei quadro das fundações).

Esta definição é incompleta e ambígua, na medida em que define uma fundação pelo elemento patrimonial e pela iniciativa da criação, deixando de fora o elemento teleológico e organizatório. Assim, nesta definição, tal como é apresentada tanto cabem as nossas fundações públicas com regime de direito privado, como as fundações privadas de origem pública – porque estas também são criadas por uma entidade pública, por isso é que são de origem pública; e com um património público. No entanto, assumem-se como pessoas colectivas privadas e de utilidade pública, constituídas e regidas pelo direito privado, para a prossecução de fins de interesse social e de interesse geral, sendo –lhes logo reconhecida no ato de instituição a utilidade pública. Todos estes traços ficaram do fora e que são simplesmente o essencial, ou seja, ficou de fora da definição de fundação pública o elemento teleológico e organizatório, o que nos permitia distinguir as fundações criadas por uma entidade pública que são fundações públicas das que são fundações privadas.

Tendo sido referido pelo reitor da Universidade da Beira Interior, que “*o problema é que não se sabe o que é uma fundação pública com regime de direito privado, tal como referida na lei, pelo que decidir agora seria dar um tiro no escuro*”.²⁷⁶

No entanto, esta incerteza quanto ao regime jurídico das fundações públicas com regime de direito privado e a sua aplicação às universidades públicas, não afastou algumas universidades de se transformarem em fundações públicas com regime de direito privado, como sucedeu com a Universidade do Porto, a Universidade de Aveiro (UA) e o ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa.

Encontrando-se atualmente a Universidade do Minho a aguardar a sua transformação em fundação pública com regime de direito privado, tendo já sido aprovada pelo Conselho Geral a proposta do reitor da conversão da universidade neste regime fundacional.

As reticências são muitas quanto à passagem a este modelo fundacional, defendendo alguns que a adoção deste modelo implica um maior controlo sobre as universidades e uma perda de autonomia²⁷⁷, passando a caber ao conselho de curadores, órgão que administra a fundação e que é composto por cinco personalidades de reconhecido mérito, nomeadas pelo Governo, sob proposta da instituição²⁷⁸, a competência para autorizar “*a aquisição ou alienação de património imobiliário da instituição, bem como as operações de crédito*” (art.º 82º n.º 2 al. h), bem como homologar as deliberações do conselho geral que constam das al. a), b), d), e) e f) do n.º 2 do art.º 82º, nomeadamente competindo-lhe homologar a aprovação de

²⁷⁶ Opinião de Manuel dos Santos Silva, reitor da Universidade da Beira Interior, que foi também seguida pelo vice-reitor da Universidade de Coimbra, António Avelãs Nunes, segundo notícia da agência lusa de 9 de Janeiro de 2008, <http://www.clix.expresso.pt> apud SERRA, Catarina. *O novo modelo aplicável às universidades e às escolas – as fundações públicas com regime de direito privado: regime jurídico desconhecido...ou simplesmente temido?* Revista da faculdade de direito da UNL. Separata. Themis, ano IX, N.º 17, (2009). P. 76

²⁷⁷ Neste sentido, vem o reitor da Universidade de Lisboa, Dr. António Nóvoa, argumentar que este modelo fundacional acarreta para as universidades uma perda de autonomia, na medida em que “*o poder é colocado nas mãos de cinco pessoas*”, que são nomeados pelo Governo, para integrarem o conselho de curadores, órgão que administra a fundação.

Discurso proferido no 1º ciclo de conferências realizadas pelo conselho geral da universidade do Minho sobre o regime fundacional, em 26 de janeiro de 2011,

Disponível ON-LINE o vídeo da conferência em <http://www.conselhogeral.uminho.pt>.

²⁷⁸ Cfr. art.º 131º do RJIES.

Repare-se que a proposta de lei do RJIES de 4 de maio de 2007, estipulava que a nomeação dos membros do conselho de curadores cabia ao Governo, sem qualquer proposta da instituição. O que daria ao Governo um poder de controlo sobre as universidades, na medida em que é o conselho de curadores que autoriza alienação e aquisição de património da instituição e homologação das deliberações do conselho geral que constam das al. a), b), d), e) e f) do n.º 2 do art.º 82º do RJIES.

planos estratégicos, a aprovação dos planos anuais de actividades, aprovação das contas anuais.

Havendo também quem argumente que este modelo fundacional, que exige que a universidade obtenha de receitas mais de 50% dos seus rendimentos, altera os fins e prioridades da universidade, que de forma tendencialmente gratuita visa a divulgação do conhecimento e a investigação científica, e não lucro económico, sendo este incompatível com os fins da universidade.

Referindo o reitor da Universidade de Lisboa que trata-se de uma tarefa difícil de alcançar tendo em vista o património pelo qual são constituídas as universidades, que apenas dá despesa, não permitindo obter sustentabilidade financeira, pelo que esta converter as universidades neste modelo, é criar “*fundações sem fundos totalmente dependentes do poder político*”.²⁷⁹

Havendo, no entanto, quem defenda a adoção do modelo fundacional com regime privatístico para as universidades públicas, referindo que este modelo atribui uma maior autonomia às universidades públicas, que através da celebração de contratos-plurianuais com o Estado, representado pelo ministro das finanças e da tutela, recebem um financiamento para um período não inferior a três anos, comprometendo-se a fundação a atingir os objetivos propostos. Deixando a instituição de estar dependente dos montantes concedidos anualmente no Orçamento de Estado.

O que permite desde logo, como refere o reitor da Universidade do Porto (instituição que se converteu em fundação pública com regime de direito privado em 27 de abril de 2009, pelo decreto – lei 96/2009 de 27 de abril), que se possa investir em projetos de investigação sem estar dependente das atribuições anuais do Orçamento de Estado às universidades²⁸⁰, e

²⁷⁹ Expressão proferida pelo Dr. António Nóvoa, reitor da Universidade de Lisboa, no 1º ciclo de conferências realizado pelo conselho geral da Universidade do Minho, sobre o regime fundacional das universidades.

²⁸⁰ Tendo referido o reitor da Universidade do Porto, Dr. José Marques dos Santos, no 3º ciclo de conferências organizadas pelo conselho geral da Universidade do Minho, sobre o regime fundacional que a passagem a fundação pública com regime de direito privado permite desde logo uma “*maior capacidade para a realização dos planos estratégicos, facilitada pela não sujeição às mudanças anuais das políticas orçamentais do Governo (atualmente o orçamento da Universidade do Porto não está integrado no Orçamento de Estado), pelo financiamento ser complementado por meio de contratos plurianuais com o Estado segundo objetivos de desempenho*”.

Discurso proferido no 3º ciclo de conferências do regime fundacional das universidades, organizado pelo conselho geral da universidade do Minho. Disponível ON-LINE o vídeo da conferencia em <http://www.conselhogeral.uminho.pt>

mesmo que não tenha recursos financeiros para investir nestes projetos pode recorrer ao financiamento bancário ou até mesmo alienar património da fundação²⁸¹ para subsidiar projetos de investigação.

As universidades que se convertam em fundações públicas com regime de direito privado dispõe, por isso, de uma maior autonomia patrimonial, podendo dispor e gerir o seu património, e quando dispõe, a receita é total para as fundações universitárias, não ficando somente com 50% do valor da venda como sucede com as demais universidades públicas sob a forma de institutos públicos, que vêm cativos pelo Estado os outros 50%.

Pelo que a passagem a fundação permite uma maior autonomia das universidades na gestão do seu património, cujas receitas podem ser aplicadas com maior facilidade em outros projetos muitas vezes de maior investimento, havendo uma disponibilidade financeira imediata maior.

O que também implica uma maior responsabilidade, na medida em que o financiamento feito pelo Estado, nos termos do art.º 136º do RJIES, através da celebração de contratos plurianuais, é para três anos ou mais, consoante a duração estipulada no contrato. Exigindo das universidades uma boa gestão dos seus recursos financeiros, que terão de planear pelo período compreendido no contrato.

Podem no entanto, ainda as “*fundações públicas universitárias*”²⁸² candidatar-se a fundos públicos, bem como receber dotações do Orçamento de Estado como as demais instituições de ensino superior públicas (art.º 115º do RJIES).

Pelo que a adoção deste modelo fundacional para as universidades públicas, não retira qualquer benefício que estas já tinham como instituições de ensino superior público, acrescentando ainda alguns benefícios decorrentes de ser uma fundação pública com regime de direito privado.

Como referiu o reitor na Universidade do Porto, a passagem da Universidade do Porto a fundação com regime de direito privado permitiu uma maior autonomia patrimonial, passando a poder dispor e gerir o património da fundação da melhor forma, de modo a que se possam

²⁸¹ A alienação de património da fundação depende da autorização do conselho de curadores, nos termos do art.º 133º n.º 2 al. c) conjugado com o art.º 82º n.º 2 al. h) do RJIES.

²⁸² Vide nota 20

agarrar projetos de investigação, que muitas vezes não era possível, pela disponibilização dos fundos a tempo pelo Estado, perdendo-se os projetos.

Mas não é só uma maior autonomia na gestão patrimonial e financeira que aqui se aponta, mas também uma maior eficiência na gestão do pessoal, que regulando –se pelo direito privado, são contratados nos termos do código de trabalho.

O que permite, como referiu o reitor da Universidade do Porto²⁸³, que se contrate um funcionário ao abrigo do código de trabalho, em três semanas, ao invés do que sucede com a contratação no âmbito da relação jurídica de emprego público, que demora quase um ano.

Permitindo ainda este modelo a criação de carreiras próprias para o pessoal docente e investigador, devendo respeitar genericamente, o paralelismo no elenco de categorias e habilitações académicas exigidas para o pessoal docente e investigador das demais instituições de ensino superior públicas (art.º 134º nº3 do RJIES).

Havendo aqui uma maior autonomia e flexibilidade na contratação e gestão das carreiras do pessoal docente e investigador, em relação às demais instituições de ensino superior públicas, que se deparam com processos morosos de recrutamento de pessoal.

Por último, indica-se ainda como uma vantagem da conversão ao modelo fundacional para as universidades, o facto de estarem, como já pudemos constatar, sujeitas a um regime de direito privado o que implica desde logo que uma fuga ao regime jurídico público, designadamente nas aquisições de bens para as fundações, que não se regulam pelo código das compras públicas.

Assim, parece indiscutível que a figura fundacional aplicada às universidades, acarreta uma maior autonomia a nível patrimonial, financeiro e de pessoal, bem como uma maior eficiência dos serviços, pela privatização do regime jurídico aplicável às fundações, beneficiam de regimes menos burocráticos e mais céleres, conseguindo em menos tempo, o mesmo resultado.

Assim, referiu o reitor da Universidade do Porto²⁸⁴, que “*o regime fundacional é um instrumento muito importante para apoiar a construção de uma universidade de excelência*”.

²⁸³ No 3º ciclo de conferências organizadas pelo conselho geral da Universidade do Minho. Disponível ON-LINE o vídeo da conferencia em <http://www.conselhogeral.uminho.pt>

Sendo atualmente o balanço positivo da transformação das universalidades públicas de institutos públicas em fundações públicas com regime de direito privado, encontrando-se, no caso da Universidade do Porto a conseguir obter 50% de receitas próprias do seu rendimento, decorrente das propinas, das patentes e de outros direitos de propriedade intelectual.

Pelo que este modelo fundacional com regime privatístico para as universidades públicas além de manter “*a autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, administrativa, financeira, patrimonial e disciplinar*” (art.º 76º n.º2 da CRP e art.º 11º do RJIES) que têm as universidades públicas, reforça a autonomia financeira, patrimonial e administrativa destas, permitindo, com a privatização do regime jurídico pelo qual se regem as fundações, uma maior eficiência na realização do interesse público.

²⁸⁴ *Ibid.*.

2. A “fuga para o direito privado” e a realização do interesse público

Maior eficiência e celeridade na realização do interesse público, foram certamente motivos que estiveram na origem desta medida de privatização do regime jurídico aplicável à atuação de entidades públicas.

Bem como a contenção de despesas, a desburocratização da atuação das entidades administrativas²⁸⁵, foram sem dúvida, fatores que também motivaram a adoção desta medida de privatização, que se veio a ser aplicada inicialmente ao setor empresarial do Estado (com o aparecimento das entidades públicas empresariais, as E.P.E, entidades públicas com um regime de direito privado), e mais tarde, a outros setores como o do ensino (com o aparecimento das fundações públicas com regime de direito privado).

Passando à Administração a atuar segundo normas de direito privado na execução de tarefas públicas, que em alguns casos visam mesmo a prossecução de interesses públicos primários, como sucedeu no caso das “*fundações públicas universitárias*”²⁸⁶, que visam a produção e divulgação do conhecimento, bem como a formação cultural e científica²⁸⁷ dos estudantes.

O que nos leva a colocar a questão se esta submissão ao direito privado pelas universidades públicas que se convertam ao regime fundacional, coloca em causa a prossecução ou realização dos interesses públicos a que estas estão adstritas.

Haverá alguma diminuição das garantias dos cidadãos – beneficiários da realização destes fins públicos, pela submissão das universidades públicas com modelo fundacional, ao direito privado?

²⁸⁵ Neste sentido refere Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias que as “*razões da “preferência” da Administração em escolher, por vezes, meios de direito privado, não são difíceis de compreender: este permite em regra uma actuação mais célere, flexível e eficaz, para além de permitir a subtracção a determinados controlos burocráticos, financeiros e contabilísticos*”. Ob. cit. p. 91

²⁸⁶ Vide nota 20

²⁸⁷ Cfr. art.º 2º do RJIES

A este propósito diremos que o direito privado pelo qual se regem algumas entidades administrativas e, *in casu*, as universidades públicas com modelo fundacional, é um direito privado “*adaptado e conformato por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo*”²⁸⁸ – pelo já denominado direito privado administrativo²⁸⁹.

Podendo encontrar-se a presença do direito privado administrativo no RJIES, no art.º 134º n.º 2, onde se pode constatar que as fundações públicas universitárias regem a sua atividade pelo direito privado o que “*não prejudica a aplicação dos princípios constitucionais respeitantes à Administração pública, nomeadamente a prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da proporcionalidade*”.

Mas mesmo que o legislador não tivesse consagrado tal preceito, o dever de observação dos princípios respeitantes à Administração mesmo atuando segundo normas de direito privado, decorreria do art.º 2º n.º 5 do CPA que estabelece que “*os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração pública*”.

Pelo que, as “*fundações públicas universitárias*”²⁹⁰ mesmo que regem a sua atuação por normas de direito privado, continuam a ter de observar os princípios constitucionais e legais de direito administrativo, não envolvendo por isso, esta submissão ao direito privado, uma diminuição das garantias dos cidadãos – beneficiários da realização dos fins públicos a que estão adstritas as universidades, que continuam adstritas à prossecução do interesse público, bem como ao princípio da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade e da boa – fé²⁹¹.

Podendo aqui concluir-se que a submissão ao regime de direito privado, não coloca em causa a prossecução ou realização do interesse público a que estão adstritas as universidades,

²⁸⁸ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes administrativos* cit., p.53 e 54.

²⁸⁹ O direito privado administrativo tem as suas raízes na Alemanha, denominado por *verwaltungsprivatrechts*. Caracteriza-se por ser um direito privado que é adaptado por princípios constitucionais e legais de direito administrativo. Sobre este conceito ver **Verwaltungsrecht II**, de Hans J WOLFF, Otto BACHOF; Rolf STÖBER.

²⁹⁰ Vide nota 20

²⁹¹ Vide art.º 2º n.º 5 conjugado com o art.º 4º, 5º, 6º e 6º-A do CPA.

resultando somente como um expediente utilizado para que estas possam realizar o interesse público, de uma forma mais eficiente.

Como já pudemos ver a submissão a um regime de direito privado, permite a estas fundações universitárias poder contratar funcionários nos termos do código de trabalho, num curto espaço de tempo, cabendo-lhes ainda a estas a decisão do número de funcionários a contratar, ao invés do que se passa com as demais instituições de ensino superior público, que devido aos cortes orçamentais, estão impedidas, salvo se estrita necessidade, de admitir novos funcionários públicos.

Havendo aqui com esta “*fuga para o direito privado*”²⁹², uma liberdade e autonomia de contratação e gestão de pessoal por parte destas fundações universitárias, de que não gozam as demais instituições de ensino superior público, nas quais não houve esta evasão para o direito privado.

Pelo que a submissão ao regime de direito privado na atuação das universidades, de modo algum, como podemos ver, coloca em causa a prossecução ou realização do interesse público, ao qual estas continuam adstritas, bem como à observação dos princípios respeitantes a Administração.

A reforçar esta ideia, está a decisão do legislador de manter para os alunos destas fundações universitárias, o mesmo regime de direito público aplicado aos estudantes das demais instituições de ensino superior público.

Neste sentido, os estudantes destas universidades que se convertam em fundações, são seleccionados nos mesmos termos que os alunos das demais instituições de ensino superior público (art.º 135º do RJIES).

Continuam, os alunos das universidades que se convertam este modelo fundacional, a beneficiar do apoio social escolar, nos mesmos termos que os alunos das outras instituições públicas (art.º 137º do RJIES).

²⁹² Vide nota 2

Pelo que podemos concluir que, esta submissão da atuação das universidades públicas ao direito privado, não atinge o núcleo essencial da universidade, os alunos, aos quais continua a aplicar-se o mesmo regime de direito público que aos estudantes de outras universidades públicas; bem como não coloca em causa a prossecução ou realização do interesse público, o qual continua a ser realizado por estas fundações universitárias, segundo normas de direito privado, mas de acordo com os princípios constitucionais e legais do direito administrativo, princípio da igualdade, imparcialidade e boa-fé, inerentes à Administração.

Capítulo III

As fundações públicas com regime de direito privado à luz da Lei n.º 24/2012 de 9 de Julho

A nova lei n.º 24/2012 de 9 de Julho, veio aprovar a lei-quadro das fundações, alterar o código civil e alterar a lei-quadro dos institutos públicos.

A primeira curiosidade que nos desperta nesta nova lei é alteração ao art.º 3 da lei – quadro dos institutos públicos, cuja alteração não vem referenciada na epígrafe da lei nem no art.º 1 da lei n.º 24/2012 de 9 de Julho, onde somente se pode ler “*a presente lei aprova a lei – quadro das fundações e altera o código civil, aprovado pelo decreto –lei 47 344, de 25 de novembro de 1966*”.

Só se percebendo que altera a lei-quadro dos institutos públicos no art.º 5º desta nova lei, onde se pode ler “*alteração à lei n.º 3/2004 de 15 de janeiro*”, sem sequer referenciar que se trata da lei-quadro dos institutos públicos.

Mas mais confuso é ainda a própria alteração, que parece que quer aplicar a lei – quadro dos Institutos Públicos e a demais legislação aplicável às pessoas coletivas públicas²⁹³ às fundações criadas pelo Estado como pessoas coletivas de direito privado²⁹⁴, que supostamente são criadas neste formato, para se regerem pelo direito privado.

Ora, a LQIP, como tivemos oportunidade de ver no capítulo das fundações públicas e para o qual remetemos, aplicava-se aos institutos públicos, os quais para efeito da lei e independentemente da designação, são os serviços e fundos do Estado ou das Regiões Autónomas, dotados de personalidade jurídica²⁹⁵.

²⁹³ Vide art.º 6º da LQIP

²⁹⁴ Art.º 5º da lei n.º 24/2012 de 9 de Julho.

²⁹⁵ Cfr. art.º 3º n.º1 da LQIP

Não se encontrando abrangidas pela LQIP, as entidades públicas empresariais, as sociedades e associações ou fundações criadas pelo Estado como pessoas coletivas de direito privado.

Ora aqui, como já pudemos ver ao longo do nosso, pessoas coletivas de direito privado, não significa que sejam pessoas coletivas privadas, podendo haver pessoas coletivas públicas de direito privado, como acontece com as fundações públicas com regime de direito privado.

Pelo que podemos concluir, que encontram-se dentro do conceito de “*fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado pelo Estado*”²⁹⁶ as fundações públicas com regime de direito privado, não lhes sendo, por isso, aplicável a LQIP.

No entanto, com esta nova alteração, pela lei n.º 24/2012 de 9 de Julho (retira do art.º 3º nº 4, as fundações criadas pelo Estado como pessoas coletivas de direito privado) passa a aplicar-se a LQIP às fundações públicas com regime de direito privado, que só por acaso são pessoas colectivas públicas com regime de direito privado.

Uma outra curiosidade, surge já no âmbito da lei-quadro das fundações, onde o legislador vem no art.º 3º da referida lei, definir fundação como uma “*pessoa colectiva, sem fim lucrativo, dotada de um património suficiente e irrevogavelmente afetado à prossecução de um fim de interesse social*”.

Ficando aqui esquecido o fim de interesse público que as fundações públicas estão adstritas, ou simplesmente, confunde estes dois elementos teleológicos caracterizadores das duas espécies de fundações públicas e privadas, não distinguindo fins de interesse público de fins de interesse social.

Pelo que a seguir à expressão “*afetado à prossecução de um fim de interesse social*” deveria constar *ou de interesse público*.

De forma, a que uma definição de fundação possa abranger as duas realidades das fundações privadas e das fundações públicas.

Um outro ponto prende-se ainda com a definição apresentada de fundações públicas de direito privado, no art.º 4º nº1 al. c) da lei – quadro das fundações, onde refere que são “*fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com*

²⁹⁶ Cf. art.º 3º nº 4 da LQIP

“pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação”. Considerando que existe uma influência dominante *“na afetação exclusiva ou maioritária dos bens que integram o património financeiro inicial da fundação, ou no direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de administração da fundação”*.(cfr. art.º 4º nº1 c) e nº2 da lei quadro das fundações).

Ora, esta definição é incompleta e ambígua, na medida em que define uma fundação pelo elemento patrimonial e pela iniciativa da criação, deixando de fora o elemento teleológico e organizatório. Assim, nesta definição, tal como é apresentada tanto cabem as nossas fundações públicas com regime de direito privado, como as fundações privadas de origem pública – porque estas também são criadas por uma entidade pública, por isso é que são de origem pública e com um património público. No entanto, assumem-se como pessoas colectivas privadas e de utilidade pública, constituídas e regidas pelo direito privado, para a prossecução de fins de interesse social e de interesse geral, sendo – lhes logo, por isso, reconhecida no ato de instituição a utilidade pública.

Pelo, que olhando para esta definição de fundação pública de direito privado, conseguimos encontrar além das fundações públicas com regime de direito privado, as fundações privadas de origem pública, que tal como vem definido, também estas são criadas por entidades públicas e o património é predominantemente público. No entanto, como sabemos, além de terem uma origem e património público, são constituídas e regidas pelo direito privado, para prosseguirem fins de interesse social, sendo, por isso, fundações privadas com uma origem pública.

O que nos leva a concluir que adoção apenas do elemento património e da iniciativa da criação é insuficiente para qualificar uma entidade como uma fundação pública, sendo necessário completar com o elemento organizatório e teleológico.

Em conclusão, esta nova Lei n.º 24/2012 de 9 de julho, vem alterar o regime jurídico pelo qual se regem as fundações bem como tipificar as espécies de fundações, tendo da nossa parte, ficado expostas algumas mudanças ou situações que mais preocupações nos causam.

Conclusões

O caminho da privatização foi certamente o mais atrativo para a realização dos interesses públicos a que a Administração está adstrita. Inicialmente, esta privatização, consistiu no chamamento de entidades particulares para colaborarem com a Administração na execução de tarefas públicas (privatização funcional) ou mesmo para executarem tarefas públicas, transferindo – se, neste caso, a responsabilidade pela execução da tarefa pública para entidades particulares através da celebração de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em entidades particulares (privatização orgânica material). Mais tarde, optou-se por transferir esta responsabilidade pela execução de tarefas públicas para entidades em forma jurídico-privada, criadas por uma entidade pública e sob influência dominante desta, para a execução de tarefas públicas – o caso das entidades administrativas privadas (privatização orgânica formal). Operando-se neste último caso, a uma “*privatização das formas de organização da Administração*”²⁹⁷.

Consistindo esta medida de privatização na execução de tarefas públicas, na participação de agentes privados na execução de tarefas públicas, cuja responsabilidade pela execução é em alguns casos transferida – no caso da privatização orgânica, e noutros casos nem isso, comprometendo-se apenas a entidade privada a colaborar na execução da tarefa pública.

Constituindo esta medida de privatização na execução de tarefas públicas, uma das modalidades de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas.

Uma outra modalidade é a privatização do regime pelo qual se vai reger a entidade administrativa na execução de tarefas públicas. Consistindo esta medida, numa forma “*privatização indirecta*”²⁹⁸ da Administração, que mantendo a natureza pública da entidade administrativa, privatiza o regime pelo qual se vai reger na execução de tarefas públicas.

²⁹⁷ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. p.36

²⁹⁸ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. p.39

Operando-se aqui a uma *privatização na forma de ação da Administração*, que passa a reger a sua atuação no âmbito da execução de tarefas públicas, pelo direito privado.

Tendo sido denominada esta forma de privatização por PAULO OTERO como uma “*privatização do direito regulador da Administração*”²⁹⁹, e por SÁNCHEZ como uma “*privatização do direito aplicável pela Administração Pública*”³⁰⁰.

Resultando, esta forma de privatização, uma verdadeira rutura entre a forma e o direito aplicável, passando a existir pessoas coletivas públicas com regime de direito privado.

Exemplo desta medida de privatização e desta rutura entre a forma e o direito aplicável, são as fundações públicas com regime de direito privado, pessoas coletivas públicas que se regem predominantemente pelo direito privado.

Este modelo tem vindo a ser aplicado no nosso ordenamento jurídico para as universidades públicas, que continuando a ser entidades públicas, regem a sua atuação pelo direito privado.

Tendo, no entanto, vindo a ser discutido a adequação deste modelo fundacional com regime privatístico para as universidades públicas, seja pela adoção de um modelo fundacional seja pela privatização do direito aplicável à actuação das universidades públicas na realização do interesse público.

O que coloca a questão de saber se esta “*fuga para o direito privado*”³⁰¹ das universidades públicas pode colocar em causa a prossecução ou realização do interesse público a que estas estão adstritas.

O que em nosso entender, face ao regime jurídico atual das instituições de ensino superior, em especial o capítulo VI do Título III, a presença do direito privado administrativo e a manutenção do mesmo regime de direito público aplicado aos estudantes das demais instituições de ensino superior público, teremos que nos pronunciar no sentido de que a adoção de um modelo fundacional com regime de direito privado para as universidades públicas, não coloca em causa a realização do interesse público.

²⁹⁹ OTERO, Paulo. “*Coordenadas Jurídicas*”... c p. 38

³⁰⁰ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. In ob. Cit. P. 37

³⁰¹ Vide nota 2

Índice Bibliográfico

Livros e artigos científicos:

ANDRADE, Manuel A. Domingues de - Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. I Coimbra: Almedina, 1992.

BLANCO de MORAIS, Carlos - *Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas*. Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ed. LEX.

BREYER, Stephen G. – *Administrative Law, Democracy, And The American Constitution*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2007, nº 1, ed. Giuffrè.

CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa - *Las Fundaciones Privadas de La Administración Pública en el Derecho Comparado*. Revista de Administración Pública, nº 177, Madrid: set-diciembre (2008).

CARVALHO FERNANDES, Luís A. - Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica. Editora Universidade Católica, 3^a ed.

CASAL BAPTISTA, Cristina Paula - As Fundações no Direito Português. Almedina, 2006.

CASSESE, Sabino - *Tratato Di Diritto Amministrativo*, Tomo Primo. Milano: – dott. A. giuffrè editore-2003.

- *La Partecipazione dei Privati alle Decisioni Pubbliche. Saggio di Diritto Comparato*. Rivista trimestrale di diritto pubblico, nº 1, Ed. Giuffrè, 2007.

CASTRO MENDES, João de - Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

CAUPERS, João - *As Fundações e as Associações Públicas de Direito Privado*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA. Coimbra ed., (2001).

- **COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe** - *Da Belle Époque à Mauvaise Époque. A propósito das Neofundações Legislativas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), nº 4, (2007).

- O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI, Coimbra: Almedina, 2001.

- O Direito Administrativo Sem Estado. Crise ou fim do Paradigma? Coimbra ed.2008.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira - *As Faculdades Normativas Universitárias no Quadro do Direito Fundamental À Autonomia Universitária. O Caso das Universidades Públicas*. Coimbra: Almedina, 2004.

DIAS MARQUES, J. - Teoria geral do direito civil. Vol. I. Coimbra ed., 1958

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário - *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina,1980.

ESTORNINHO, Maria João - *A Fuga para o Direito Privado*. Colecção de Teses. Coimbra: Almedina, 1999.

FARINHO, Domingos Soares - *O Direito Fundamental de Fundação Portugal entre a Alemanha e a Espanha*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Vol. I. edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra ed., 2010.

FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das Demais Entidades Públicas*. Coimbra ed., 2008.

FREITAS DO AMARAL, Diogo - *Curso de Direito Administrativo*, volume I. Almedina, 3ªed., 2006.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo e OLIVEIRA, Fernanda Paula - *Noções Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2005.

FLEINER, Fritz - *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1928, traduzida para “Instituciones de Derecho Administrativo”, por Sabino A. Gendin, ed. Labor S.A, Barcelona, 1933.

GARCIA, Maria da Gloria F. P. Dias - *Autonomia Universitária e Avaliação da Qualidade do Ensino Universitário*. Lisboa: 2008. Ed. Universidade Católica.

- As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões sobre o Lugar do Direito no Estado. In *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA*. Coimbra ed., (2001).

GIANNINI, Massimo Severo - *Diritto Amministrativo*, Volume Primo. Seconda Edizione. Milano: 1988. Giuffrè Editore.

- *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo. Seconda Edizione. Milano: 1988. Giuffrè Editore.

GONÇALVES, Pedro - *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2008.

- *Entidades Privadas com Poderes Administrativos. Cadernos de Justiça Administrativa* nº 58 Julho/Agosto (2006).

- *Natureza Jurídica das Sociedades de Capitais Exclusiva ou Maioritariamente Públicas. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (pleno da 1ª Secção) de 20.5.2010, P. 1113/09. Cadernos de Justiça Administrativa* nº 84 Novembro/Dezembro (2010).

GONZÁLEZ –VARAS IBÁÑEZ, Santiago - El Derecho Administrativo Privado. Madrid: editorial Montecorvo, S.A., 1996.

GUEDES DA COSTA, Orlando - Direito Profissional do Advogado. Almedina, 2008.

HORSTER, Heinrich E. - A Parte Geral do Código Civil Português : Teoria Geral do Direito Civil. Almedina, 1992.

LEITÃO, Alexandra - *Da Admissibilidade de Pessoas Coletivas de Iniciativa Pública Beneficiarem do Estatuto de Utilidade Pública*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Vol. II. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra ed. 2010.

LUCAS PIRES, Miguel – *Regime Jurídico Aplicável às Fundações de Direito Privado e Utilidade Pública*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, publicações CEDIPRE ON-LINE- 7, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Maio, 2011.

LOPES, José Joaquim Almeida - *As Fundações Canónicas Autónomas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), (2005).

LOPES, Licínio – As Instituições Particulares de Solidariedade Social. Coimbra: Almedina, 2009.

MACEDO, Adalberto J. B. M. - Sobre as Fundações Públicas e Privadas. Editora VISLIS, 2001.

MACHETE, Rui Chancerelle de e ANTUNES, Henrique Sousa. *Direito das Fundações. Propostas de Reforma*. Lisboa: publicação pela Fundação Luso-Americana, 2004. Disponível ON-LINE <http://www.flad.pt>

CAETANO, Marcelo - Manual de Direito Administrativo. Vol. I. Coimbra: Almedina, 10ª Edição, 1991.

MARTÍN – RETORTILLO, Sebastián - *Sentido y Formas de la Privatización de la Administración Pública*. Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV

Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. *Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA*. Coimbra ed.(2001).

METZGER, Gillian E. - *Privatization As Delegation*. *Columbia Law Review*, vol.103, Parte 2, (2003).

MIRANDA, Jorge - *As Associações Públicas no Direito Português*, *Separata da Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, (1988).

NIGRO, Mário - Scritti per Mário Nigro – Problemi Attuali di Diritto Amministrativo. Volume Secundo, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

OTERO, Paulo - Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, Almedina, 2003.

-*Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA*. Coimbra ed., (2001).

PACHECO DE AMORIM, João - *Associações Públicas e Liberdade de Associação*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Vol. I. edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra ed. 2010.

- *Direitos Fundamentais e Ordens Profissionais. Em Especial, do Direito de Inscrição nas Ordens*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

REBELO DE SOUSA, Marcelo - Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português. Livraria Cruz – Braga, 1983.

– Lições de Direito Administrativo. Vol. I. Lisboa: ed. Lex. 1999.

RIVERO ORTEGA, Ricardo - *Administraciones Públicas Y Derecho Privado*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid: 1998.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso - *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández - Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa, Instrumentos de Fiscalização Judicial da Decisão Jurídico - Pública de Privatização, ed. Almedina, 2009.

SÉRVULO CORREIA, J.M. - As Fundações e Associações de Direito Privado. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA. Coimbra ed., 2001.

SERRA, Catarina - *O Novo Modelo Aplicável às Universidades e às Escolas - As Fundações Públicas com Regime de Direito Privado: Regime Jurídico Desconhecido...ou Simplesmente Temido?*, in Separata Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL.

SILVA, Jorge Andrade - Dicionário dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2010.

UREBA, Alonso Alberto - La Empresa Pública, Aspectos Jurídico - constitucionales y de Derecho Económico. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1985.

VEIGA e MOURA, Paulo - A Privatização da Função Pública. Coimbra editora, 2004.

VILAR, Emílio Rui - *Fundações – Legitimidade, Responsabilidade e (Auto) - regulação. Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*. Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Vol. II. 2007. FDUC. Coimbra ed.

VILLAR ROJAS, Francisco José - Privatización de Servicios Públicos: La Experiência Española a luz del modelo Británico, Madrid, 1993.

- *Privatización de Grandes Serviços Públicos*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra. STVDIA IVRIDICA. Coimbra ed., 2001.

VITAL MOREIRA - Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, 1997.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf - Verwaltungsrecht II, Juristische Kurz-Lehrbücher. Munique, 1987.

Outros artigos não científicos:

Cândido de Oliveira, António - Autonomia das universidades e fundações. Jornal público, de 17 dezembro de 2010. Disponível ON-LINE <http://www.publico.pt>

Pareceres:

- Parecer elaborado por João Pacheco de Amorim, por solicitação da Universidade do Porto, sobre a sujeição das fundações públicas com regime de direito privado (U.P) ao POCP – Educação, nos termos do art.º 113º n.º 2 da lei 62/2007, de 10 de Setembro, RJIES.
- Parecer elaborado por José Sérvulo Correia e Rui Medeiros – Restrições aos Poderes do Governo em Matéria de Reconhecimento e de Alteração dos Estatutos das Fundações de Direito Privado, publicado na revista da ordem dos advogados, Abril 2002, ano 62, vol II.
- Parecer elaborado por José Carlos Vieira de Andrade e João Pacheco de Amorim – As fundações municipais. Algumas considerações em torno do seu regime de constituição e reconhecimento.
- Parecer elaborado por José Carlos Vieira de Andrade – A Legalidade do Procedimento de Construção do “*Centro de Treino e Formação Desportiva*” e da Constituição da Fundação Portogaia. Coimbra. Janeiro de 2006.
- Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, nº P000131995, publicado ON-LINE [http:// www.dgsi.pt/pgrp](http://www.dgsi.pt/pgrp)
- Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, nº P001602004, publicado ON-LINE <http://www.dgsi.pt/pgrp>

Legislação:

- Código Administrativo de 1940. Anotado por SILVA PAIXÃO, José da; ARAGÃO SEIA, José Alberto; FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto. Coimbra: 1989. Ed. Almedina, 5º ed.
- Código Civil Português.
- Codice Civile Italiano, 2010.
- Code Civile Francês. Ed. Dalloz. 2006.
- Código dos Contratos Públicos.
- Constituição da República Portuguesa.
- Constituição Portuguesa Anotada. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS. Tomo I. Coimbra: Ed. Wolters kluwer Portugal sob a marca Coimbra editora, 2ª ed., 2010.
- Constituição Portuguesa Anotada. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS. Tomo II. Coimbra Editora, 2006.
- Constituição Portuguesa Anotada. Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS. Tomo III. Coimbra Editora, 2007.
- Código do Procedimento Administrativo.
- Código do Procedimento Administrativo Anotado. ESTEVES de OLIVEIRA, Mário; GONÇALVES, Pedro; PACHECO DE AMORIM, João.
- Código de Processo dos Tribunais Administrativos.
- Decreto - lei nº 460/77 de 7 de novembro – Regime Geral das Pessoas Coletivas de Utilidade Pública
- Decreto - lei nº 119/83 de 25 de fevereiro - Aprova o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social

- Decreto – lei nº 558/99 de 17 de dezembro – Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado e das Empresas Públicas
- Portaria 794/2000 de 20 de setembro - Aprova o POC- Educação
- Lei nº 13/2002 de 19 de fevereiro – Aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- Lei nº 3/2004 de 15 de janeiro - Lei- Quadro dos Institutos Públicos
- Lei nº 53-F/2006 de 29 de dezembro – Regime Jurídico do Setor Empresarial Local
- Portaria 139/2007 de 29 de janeiro - Aprova o Regulamento de Registo das Instituições Particulares de Solidariedade Social
- Lei nº 62/ 2007 de 10 de setembro - Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior
- Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro - Regime da Responsabilidade Civil do Estado e das Demais Entidades Públicas
- Decreto – Lei nº 95/2009 de 27 de abril - Diploma que institui a Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL) como fundação pública com regime de direito privado
- Decreto - lei 96/2009 de 27 de abril - Diploma que institui a Universidade do Porto como fundação pública com regime de direito privado
- Decreto-Lei nº 97/2009 de 27 de abril - Diploma que institui a Universidade de Aveiro como fundação pública com regime de direito privado
- Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de julho – Organização e funcionamento do Governo
- Lei 64-B/2011 de 30 de dezembro - Aprova o Orçamento de Estado para o ano 2012
- Lei nº 24/2012 de 9 de julho - Lei- Quadro das Fundações

Índice de Jurisprudência:

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (pleno da 1ª Secção) de 20.5.2010, P. 1113/09. Disponível ON-LINE em <http://www.dgsi.pt>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18-06-2009, Proc. Nº 691/05.6TTVIS-B.C1. Disponível ON-LINE em <http://www.dgsi.pt>.